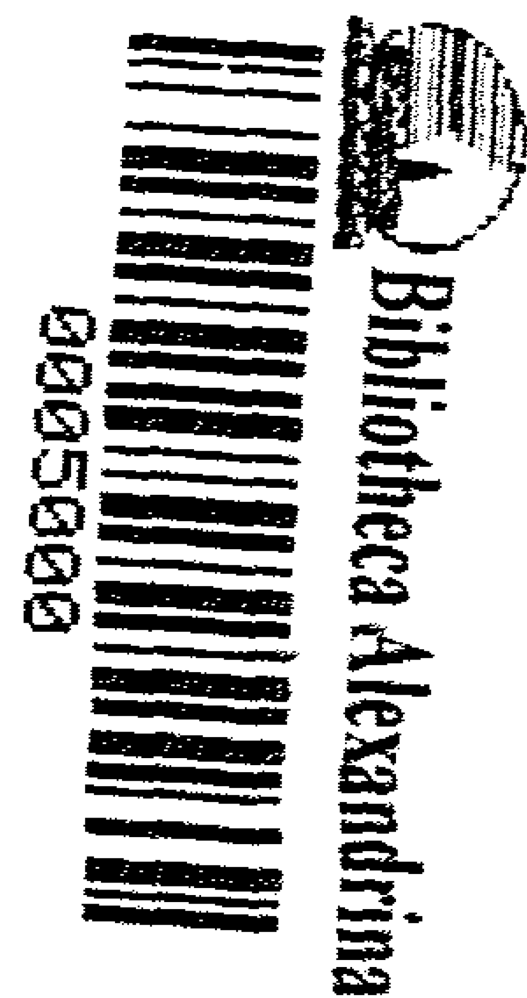
دكتور
عبد الرازق حسين يس
كلية الحقوق - جامعة أسيوط

المسئولية الخاصة
بالمهندس المعمارى ومقاول البناء

شروطها - نطاق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها

دراسة مقارنة فى القانون المدنى

الطبعة الاولى



١٩٨٧

دكتور
عبد الرازق حسين يس
كلية الحقوق - جامعة أسيوط

المسئولية الخاصة
بالمهندس المعماري ومقاول البناء

شروطها - نطاق تطبيقها - الضمانات المستحدثة فيها
دراسة مقارنة في القانون المدني

الطبعة الاولى

١٩٨٧

بسم الله الرحمن الرحيم

"وقل رب زدني علماً"

صدق الله العظيم

إهداء

إلى والدي الذي لم يبخل بغال أو رخيص في سبيلي .

إلى روح والدتي التي عاجلتها المنية قبل أن

تراني على ما كانت تتمنى أن تراني ،

ثم إلى عمتي التي أكملت معي مشوارها .

إلى زوجتي وأولادي الذين عانوا الكثير معي .

إلى كل من أسدى إلي يدًا - وإن بسطت -

في مشواري الطويل ،

إليهم جميعًا - وما أكثرهم - أهدي هذا

العمل المتواضع .

الباحث

تقديـــــم :

بسم الله الرحمن الرحيـــم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول اللــــه

وبعـــــد

فلقد نظرت فلم أجد أبدع .مما هو آت ،أقدم به لعملـــى المتواضع هذا .

قال تعالى فى كتابه العزيز :

" افمن أسس بنيانه على تقوى من الله ورضوان خيـــر، أمن أسس بنيانه على شفا جرف هار فانهار بـــه فى نار جهنم

وقال صلى الله عليه وسلم :

" إن الله يجب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه "

وجاء فى الآثر :

" لاتطلب سرعة العمل على حساب جودته ،فإن النـــاس لا يسألون فى كم فُرِغَ من هذا العمل و إنما يسألون عـــن جودتـــــه "

أفلاطـــــون

وجاء أيضـــا :

" إنى رأيت أنه لايكتب إنسان كتابا فى يومه ،إلا قال

فى غده : لو غير هذا لكان أحسن ،ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ،ولو ترك هذا لكان أجمل ،وهذا من أعظم العبر ،وهو دليل استيلاء النقص على جملة البشر "

العماد الأصفهانى

والله أسأل أن أكون قد وفقت ـ بفضل منه ـ إلى تمثل هذه الأقوال فى دارستى هذه "للمسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء فى القانون المدنى ، التى قصدت بها ،أن تكون مساهمة فقهية بسيطة أضعها بين يدى مشرعنا المصرى ،عله يجد فيها بعض بغيته ، إذا ما أقدم على تعديل أحكام هذه المسئولية ،تعديلا يتمشى مع واقع حياتنا المعاصرة ويلاحق به ركب التطور فى هذا المجال .

والله من وراء القصد ،وهو يهدى السبيل .

الباحث

***

مقدمـــة

إن أمر مسائلة المشتغلين بالبناء والتشييد ،على مايحدث فيما يشيدونه من تصدع وانهيار ،لم يكن وليد هذا العصر ،أو واحدا من إفرازاته ،ولكنه – دون شك – أمر قديم قدم المجتمعات المدنية حين بدأ الإنسان يعهد بأمر تشييد مأواه إلى أيدى غيره من بنى جنسه . لذلك ،فلا عجب أن نجد هذا الأمر تنظمه تشريعات تلك المدنيات الضاربة فى القدم ،تنظيما ينبئ عن عظيم أهميته وبالغ خطره ،ثم ينتقل منها إلى التشريعات الوسيطة ،فالحديثة منها ،مستقرا فى النهاية فى المدونه الفرنسية للقانون المدنى التى وضعت سنة ١٨٠٤ والتى عنها أخذت معظم التشريعات المعاصرة .

إذا كانت هذه حقيقة تاريخية لاسبيل لنكرانها [1] فإن هناك حقيقة أخرى ،لايمكن جحدها أو التنكر لها ،وهى أن ما أتى به هذا العصر من متغيرات ،وما صاحبه من تطورات شملت مختلف الميادين ومست أدق دقائق الحياة فيه ،قد أضفى على هذا الأمر أهمية قصوى لفتت إليه الأنظار ،وشدت صوبه الأفكار .

وغنى عن البيان ،أن من أعقد المشكلات التى أتى بها هذا العصر ،هى مشكلة حصول الإنسان على المسكن الملائم ،الذى يجد فيه سكينته ،ويحفظ عليه آدميته ،فلقد غدا حصول الإنسان على مثل هذا المسكن مطلبا عسير المنال ،صعب التحقيق ،بعد أن اختل التوازن بين المعروض والمطلوب فى هذا المجال ،بسبب الزيادة الهائلة فى عدد السكان ،التى لم تواكبها زيادة مماثلة ،فيما يشيد من مساكن

---

(١) انظر فى بيان ذلك وتأكيده ،الفصل التمهيدى لهذه الدراسة .

وما يقام من مرافق عامة يستلزمها هذا العدد.

ومما لاشك فيه ،أن النتيجة الحتمية لذلك ،هي اتجاه الاستثمارات الكبيرة إلى هذا المجال من النشاط ،إشباعا للحاجات البشرية الملحة إلى المساكن والمرافق ،وتحقيقا للمكاسب السريعة والهائلة التي يرنوا إلى تحقيقها أصحاب رءوس الأموال المستثمرة . بل ولم يقف الأمر عند حد الاستثمارات الخاصة في هذا المجال ،فإن الدول ، ذات النظم الاشتراكية بل والعديد من الدول الرأسمالية ،قد أقدمت الآن على هذا النوع من النشاط تستثمر فيه الأموال العامة ،كي تفي بالتزامها نحو أفرادها بإيجاد المسكن والمرفق الملائم لهم .

وقد كان طبيعيا ،كي يتحقق كل ذلك ،أن يتم تطوير هذا المجال تطويرا هائلا وسريعا ،مستعانا في ذلك بآخر ما وصل إليه العلم الحديث من تقدم في هذا الشأن ،وما بلغته " تكنولوجيا "العصر من تفوق فيه ،فتطاول - نتيجة لذلك - البنيان رأسيا وأفقيا (٢) واقتحمت الصناعة على فن المعمار محرابه (٣) .فظهرت في الميدان الأجزاء من المباني بل والمباني سابقة التصنيع . كما عظم شأن المنشآت الثابتة الأخرى ،من معابر (كباري) وسدود ،وأنفاق وشوارع أرضية ومعلقة ،إلى غير ذلك ، حتى غدا كل ذلك يمثل عنصرا هاما من عناصر الاقتصاد القومي للدولة .

هذا التطور في الكم والكيف ،والامتداد الأفقي والرأسي ،في مجال التشييد والبناء ،وما أصبحت تمثله قيمة ما يشيد من أبنية وما يقام من منشآت ثابتة أخرى من أهمية بالغة بالنسبة للاقتصاد القومي ،كذلك تكرار حوادث انهيار المباني وتقوضها بعد تسلمها بوقت وجيز ،بل وأحيانا قبل تسلمها ،وما يحدثه ذلك من ترويع للآمنين ومساس بالسكينة العامة وسلامة المواطنين ،وما يؤدي إليه من تخريب للاقتصاد القومي . كل ذلك أضفى على أحكام هذه المسئولية

---

(٢) حتى غدت العمارة الواحدة في مقام حي سكني بأكمله بجميع مرافقه

(٣) لاسيما منذ بداية النصف الثاني من هذا القرن.

الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، أهمية خاصة ، جعلت المشرعين يولون وجوههم صوب أحكامها ، بالتعديل والتنقيح تارة وبالتغيير والإضافة تارة أخرى ، وهذا هو ما سلكه فعلا المشرع الفرنسي ، بتدخله تشريعيا لمرتين متتاليتين ، لم يفصل بينهما فاصل زمني كبير ، إذ تم الأول بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ والثاني بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ كما سيأتي بيانه في حينه من الدراسة .

وبذلك غدا كل معماري في فرنسا (٤) يقوم بتشييد عمل مسئولا عما يحدث في هذا العمل من أضرار ، طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة في ثوبها الجديد ، وذلك بالإضافة إلى إمكان مساءلته طبقا للقواعد العامة في المسئولية العقدية ، أو التقصيرية على حسب الأحوال ، إذا تحقق سبب أي منهما .

إذا كان هذا هو مسلك المشرع الفرنسي ، بالنسبة لأحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، إلا أنه على النقيض من ذلك ، فقد ظل مشرعنا المصري ، ولا يزال ، أميناً على أحكام هذه المسئولية الخاصة ، كما جاءت بها المواد من ٦٥١ - ٦٥٤ من القانون المدني الحالي ، لم تمتد إليها يده بتعديل أو تغيير ، رغم مرور قرابة الأربعين عاما على تاريخ العمل بتلك الأحكام ، ورغم - وهذا هو الأهم - حدوث كل هذه المتغيرات والتطورات في مجال التشييد والبناء ، التي قلبت هذا المجال رأسا على عقب ، خاصة منذ بداية هذا النصف الثاني من قرننا الذي نعيشه الآن ، ورغم كوارث الانهيار وفواجعه التي توالت تترا في الآونة الأخيرة ، حتى غدت تشكل ظاهرة مؤلمة ، يندى لها جبين الساعد المصري ، ذلك الساعد الذي شيد منذ فجر التاريخ الصروح الهائلة وأقام الأهرامات الشامخة التي مازالت وستظل ، تشهَد وتُشهِد على صلابة هذا الساعد وعبقريته وإخلاصه .

---

(٤) وليس المهندس المعماري والمقاول فقط . انظر نص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي في صياغتها بالقانون رقم لسنة ١٩٦٧ وكذلك في صياغتها الأخيرة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ . هامش ٦ ص ١٣٤ وهامش ٣ ص ٧٩ على التوالي فيما بعد .

ولم يكن حظ هذا الموضوع - رغم أهميته القصوى - من الفقه بأحسن منه تشريعا ،فحتى تسجيلنا له كموضوع لدراستنا فى منتصف شهر ديسمبر عام ١٩٧٦م بكلية الحقوق - جامعة عين شمس ،تحت إشراف أستاذنا الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ،لم تكن قد ظهرت فيه بالعربية دراسة متخصصة متعمقة ، اللهم إلا بعض المتفرقات بمناسبة دراسة عقد المقاولة ،هى وإن صلحت أن تكون نواة لدراسة متخصصة متعمقة ،إلا أنها لايمكنها أن تكون بذاتها هى تلك الدراسة المعنية ولا يمكنها كذلك أن تسد نقصا قام بالمكتبة العربية بالنسبة لهذا الموضوع ،الذى غدا بالغ الخُطورة والأهمية فى عصرنا الحاضر .

وتجدر الإشارة هنا إلى أننا لم نجد لما نقول به مناستثناء - رغم شدة تقصينا عن مثل هذه الدراسة - سوى رسالة ماجستيرمقدمة منالأستاذ محمد جابر الدورى المحامى بالعراق ،إلى كلية القانون والسياسة ببغداد فى أكتوبر ١٩٧٥ لنيل درجة الماجستيربهاوعنوانها " مسئولية المقاول والمهندس فى مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه - دراسة مقارنة " وجدنا منها نسخة مكتوبة على الآلة الكاتبة مهداة من الباحث إلى المغفور له الأُستاذ محمد عبد الرحيم عنبر المحامى رحمه الله ،والذى أشار إليها مرارا فى مؤلفه عن عقد المقاولة طبعة ١٩٧٧ ،حيث سمح لنا-رحمه الله بالاطلاع عليها فى مكتبه بالقاهرة . تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جناته .

ولعل مشرعنا وفقهنا لهما بعض العذر فى ذلك ،فبالنسبة لمشرعنا ،فلعل عذره فى ذلك - فى تقديرنا - حداثة تشريعنا المدنى بالنسبة للمجموعة المدنية الفرنسية ،وتقنينه لهذاالموضوع بتفصيل أكبر من نظيره فى تلك المجموعة ،مستفيدا فى ذلك بشروح الفقه الفرنسى للنصوص التى تنظم هذاالموضوع فيها ،وأحكام القضاء هناك بالنسبة لما عرض عليه من أقضية أسفر عنها التطبيق العملى لتلك النصوص .

هذا ولنا أن نضيف إلى هذا العذر عذرا آخر مؤداه حداثة

عهدنا بالتطور العلمى " والتكنولوجى " فى مجال التشييد والبناء وتصنيع هذا المجال ، إلى غير ذلك ، مما أثار الكثير من المشاكل فى نطاق هذا المجال ، الأمر الذى جعل من باب الحتم إعادة النظر بدقة و شمول فى النصوص التى تنظم أحكام هذه المسئولية الخاصة .

أما بالنسبة لفقهنا ، فلعل عذره فى ذلك - فى تقديرنا أيضا - ندرة المشاكل العملية التى تستدعى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، إما لقلة وقوعها فعلا فى العمل ، لاسيما فى العشرين سنة التالية على تاريخ العمل بقانوننا المدنى الحالى ، وإما لشدة إيمان الناس عندنا بالقدرية ، بحيث يعلقون كل ما يحدث على شماعة القضاء والقدر ، دون رغبة فى البحث عن مسبباته الحقيقية ، ومارسخ أيضا خطأ فى عقول الناس من حرمة أخذ التعويض أو على الأقل استهجانهم لأخذه ، ونكرانهم ذلك على من يأخذه ، فكان نتيجة ذلك كله ، اختفاء تلك المشاكل العملية - على فرض حدوثها - فى القاع دون أن تطفوا على السطح لتشكل ظاهرة عامة تستثيرهم الفقهاء وتشحذ عقولهم لدراستها ومحاولة الوصول إلى حلول لها على نحو ما نراه الآن بعد أن تغيرت تلك المفاهيم تغيرا كبيرا وبرزت بذلك على السطح ظاهرة انهيار المساكن ، أو المنشآت الثابتة بوجه عام وتصدعها قبل أن يكون قد تم تسليمها ، أو بعد ذلك التسليم بوقت قصير ، الأمر الذى شكل مساسا خطيرا بالصالحين العام والخاص ، وأثار حفيظة الرأى العام واستهجانه ، مما كان له نتيجته فى دفع المشرع المصرى إلى إصدار القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء والمعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ (٥) .

---

(٥) انظر فى شرح نصوص هذين القانونين : حامد عبد الحليم الشريف ، فى شرح أحكام قانون المبانى فى التشريع المصرى فقها وقضاء طبعة ١٩٨٣ . ويلاحظ أن المشرع فى هذين القانونين لم يتعرض لموضوع المسئولية المدنية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء وإنما اكتفى فيهما بتوجيه وتنظيم أعمال البناء ، وفرض العقوبات على المخالفين لأحكامه ، كما قرر نظام التأمين فى مجال ، أعمال التشييد والبناء وجعله نظاما إجباريا بشروط معينة نص عليها .

ولقد كان لهذا كله أثره ،أيضا،فى توجيهنا لاختيار هذا الموضوع ،وهو " المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء شروطها ،نطاقها ،الضمانات المستحدثة فيها - دراسة مقارنة فى القانون المدنى " موضوعا لدراستنا هذه (٦).

ولقد آثرت - توخيا للقصد - أن تتم هذه الدراسة فى صورة مقارنة بين كل من قانوننا المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى ،فى أحدث اتجاهاته بعد تعديله الأخير والشامل لأحكام هذه المسئولية الخاصة ،بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨،لنرى مدى إمكان استفادتنا من هذه الاتجاهات ،طبقا لما يتفق وظروف مجتمعنا وما يتمشى مع واقع ترابنا المصرى ،حتى تكون استفادة واعية مستنيرة وليس مجرد نقل لما يجرى هناك ،دون بصر بالواقع ،أو تبصر بالظروف (٧) .

وكم كنت أتوق إلى أن أمد بصر المقارنة إلى أبعد من ذلك لتكون بين أكثر من نظام قانونى من النظم القانونيه الكبرى التى تسود المجتمع الدولى الآن ،حتى تكون الفائدة من المقارنة أعم

---

(٦) كما كان له أثره أيضا فى حث الفقه المصرى بعد ذلك إلى التصدى لبحث موضوع المسئولية المدنية للمهندس المعمارى ومقاول البناء ،حيث تجلت باكورة هذا الفقه حتى الآن فى المؤلفات الآتية :

١ - " مسئولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها بقبول من رب العمل - دراسة للاتجاهات الحديثة فى القانون الفرنسى وإمكانية الاستفادة منها فى مصر " للأستاذ الدكتور محمد ناجى ياقوت الأستاذ بكلية الحقوق - جامعة المنصورة - ط ١٩٨٤.

٢ - " مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى - دراسة مقارنة فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى " للأستاذ الدكتور محمد شكرى سرور ،الأستاذ بكلية الحقوق جامعة القاهرة ط ١٩٨٥.

٣ - "المسئولية المعمارية فى حوادث وانهيار المبانى،أثناء وبعد التشييد ،والتأمين الإجبارى منها " للدكتور محمد حسين منصور - بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية . طبعة شركة سعيد رأفت للطباعة سنة ١٩٨٤م.

(٧) انظر فى فوائد الدراسة المقارنة . عبد المنعم البدراوى فى أصول القانون المدنى المقارن ط ٢ ١٩٧٠ الباب الثانى من ص ٧٥:ص ١٦٥.

وأشمل (٨). ولكن للحق أقول : أنه قعد بى عن نيل هذا الوطرظروف عدة ، اجتماعية وثقافية واقتصادية ،تضافرت جميعها وتآزرت كى تقف بدراستى عند هذا المدى المحدود جدا - فى تقديرى - والذى إن رضيته واقعا ،لم أكن لأرتضيه أملا :

المسئوليات التى يمكن أن يخضع لها كل من المهندس المعمارى ومقاول البناء

أولا) المسئولية الجنائية

غنى عن البيان أن كلا من المهندس المعمارى ومقاول البناء يخضع لقواعد وأحكام المسئولية الجنائية ،إذا ماترتب على الخطأ أو الإهمال الذى ارتكبه أى منهما جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات أو القوانين المكملة والمتممة له . كما لو كان قد ترتب على التصدع أوالانهيار الذى حدث ،فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ،إصابة أو موت أحد الأشخاص أو كان قد ارتكب إهمالا جسيما أو غشا فى المواد الموردة أو العمل المؤدى ترتب عليه هذا التصدع أو ذلك الانهيار .

هذا ولما كانت دراستنا هذه تنحصر فى نطاق القانون المدنى خرجت هذه المسئولية الجنائية عن نطاقها ،بوصف المدنية هذا لتقتصر على مسئولية المهندس المعمارى ومقاول البناء فى شقها المدنى فقط دون الجنائى .

ثانيا : المسئولية المدنية

١) مما لاشك فيه ،أن المهندس المعمارى ومقاول البناء يخضعان - بحكم كون كل منهما مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاولة -

---

(٨) انظر :عبد المنعم البدراوى . المرجع السابق من ص ٧٢:٧٤

للأحكام العامة فى المسئولية العقدية ،وذلك عند إخلال أى منهما بالتزام أو أكثر من الالتزامات التى يرتبها عليه العقد المبرم بينه وبين رب العمل ،سواء كان هذا الإخلال قد بدر منه قبل البدء فى تنفيذ العمل ،أو أثناء هذا التنفيذ ،أو بعد الانتهاء منه متى كانت العلاقة العقدية بينهما لا تزال قائمة ،فعلا أو حكما ،لم تنته بعد .

٢) كذلك ،فإن المهندس المعمارى ومقاول البناء يخضعان فى خارج الرابطة العقدية التى تربط كلا منهما برب العمل - للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية إذا توافرت أركانها وشروط تطبيقها ،كما لو كان خطأ أى منهما قد ترتب عليه ضرر لرب العمل خارج نطاق العقد ،كالضرر الجسمانى الذى يصيب هذا الأخير أثناء زيارته موقع العمل مثلا ،والذى يكون أساسه خطأ من المهندس المعمارى أو من المقاول ،فى الإشراف على موقع العمل أو مراقبته، أو كان خطأ أى منهما قد ترتب عليه ضرر للغير الأجنبى عن عقد المقاولة ، المبرم بين أى منهما وبين رب العمل ،كالجيران أو المارة أو كان حتى قد ترتب عليه ضرر لأى منهما ،باعتبار أن كلا منهما أجنبى عن الآخر ،لانعدام الرابطة العقدية بينهما .

٣) ليس هذا فحسب ،بل إن مشرعنا المدنى المصرى - كغيره من مشرعى الكثير من دول العالم [٩]- تقديرا منه للدور البالغ الأهمية الذى تؤديه المبانى وغيرها من المنشآت الثابتة الأخرى ،سواء على المستوى العام أو الخاص وما يحدثه تهدمها أو المساس بسلامتها من أضرار قد لا تقع تحت حصر ،من إزهاق للأرواح ،وإصابة للأبدان وترويع للآمنين ،وذهاب بالسكينة والاطمئنان ،وتخريب للاقتصاد القومى التى غدت هذه العقارات تمثل عنصرا من أبرز عناصره . نقول : تقديرا من مشرعنا لكل ذلك ،لم يكتف بما يخضع له كل من المهندس المعمارى ومقاول البناء من أحكام عامة لكل من المسئوليتين العقدية

---

(٩) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٥ ص ٢١ وما بعدها .

والتقصيرية ،على حسب الأحوال ،بل نراه يخضعهما متضامنين-زيـادة على ذلك - لنوع خاص من المسئولية ،أو الضمان ،ضمن أحكامها المواد من ٦٥١ - ٦٥٤ من قانوننا المدنى ،التى أجراها على الوجه التالى:

م : ٦٥١ : ١) يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان ،أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك لو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ،أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ،مالم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة ،قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات .

٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة مايوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

٣) وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .

٤) ولا تسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن.

م : ٦٥٢ : - إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم .

م: ٦٥٣ : يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه .

م : ٦٥٤ : تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب .

تحديد نطاق الدراسة

ولقد كنت أتمنى أن أتناول فيدراستي هذه ،هذه الأنواع الثلاثة للمسئولية المدنية للمهندس المعمارى ومقاول البناء،من عقدية،وتقصيرية،وخاصة ،وكذلك التأمين منها • لكن كان على أن أتخير ،إما الاستداد الأفقى بالبحث ،الذى يلم كل شاردةوواردة فى الموضوع ،ويعم جميع جوانبه ،فتطول الدراسة ،لكن دون العمق المراد ،وتتسع لكن دون التأصيل المتوق إليه ،وإما الامتداد الرأسى ،الذى وإن ركز على بعض جوانب الموضوع ،إلا أنه يعالج تلك الجوانب بشىء من التعمق ،ويحوطها بقدر من التأصيل •

هذا ولما كنت ذا قناعة تامة واعتقاد راسخ ،بأن الامتداد الرأسى فى البحث العلمى هو الذى ينبغى أن يسود ،لذلك فقد آثرت أن أقصر دراستى هذه على هذا النوع الأخير منالأنواع الثلاثةللمسئولية المدنية ،وهى المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء وضمنت عنوانالدراسة قيد الخصوصية ليخرج به عن نطاقها كل من المسئولية العقدية طبقا للقواعد العامة ،وكذا المسئوليةالتقصيرية وبالتالى يتركز البحث فى نطاق المسئولية التضامنية الخاصة بهما والتى أخضعهما المشرع لها ،بمقتضى المواد السابقة دون غيرهما منالمهنيين •

وحتى فى نطاق هذه المسئولية التضامنية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ،فقد آثرت أيضا أن تتركز الدراسة على الجانبين الحركيين فيها ،ذلكم الجانبان اللذان يكونان دائما محلا للتدخل من جانب المشرع ،عندما تقتضى ظروف الحال تدخله (١٠) وهما المتعلقان بشروطها ونطاق تطبيقها •

لذلك آثرت أن أتناول بالبحث المتعمق هذين الجانبين منها

---

(١٠) وهو ما حدث فعلا بالنسبة للمشرع الفرنسى عند تدخليه التشريعيين سالفى الذكر، واللذين عدل بهما من شروط ونطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ،كما سيأتى بيانه تفصيلا فى موقعه من الدراسة •

مفردا لكل منهما بابا مستقلا ،أما ما عداهما من مسائل فقد رأيت التعرض لها فى شىء من الإيجاز الشديد ،أو حسبما يقتضيه الحال مع الإحالة بها إلى المراجع الأكثر تخصصا فيها "لأنهما فى الواقع مسائل تتميز بالثبات والاستقرار ،فى حين أن الجانب الحركى فيها يكاد يكون نادرا ،ويستطيع القارىء أو الباحث أن يجدها فى كثير من المراجع الأخرى .

هذا ولما كان تدخلا المشرع الفرنسى ،سالفى الذكر، بالتعديل فى أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء قد أسفرا عن استحداث ضمانين جديدين إلى جانب الضمان العشري وهما : ضمان كفاءة الأداء ،بحد أدنى لمدة سنتين ،وضمان تمام الإنجاز لمدة عام ،ولما كان هذان الضمانان المستحدثان هناك لانظير لهما فى القانون المصرى ،لذلك قررت أن أدرسهما ،على استقلال دراسة مستفيضة ،فى باب مستقل بهما حتى نرى مدى إمكان تقرير مثلهما فى نظامنا القانونى المصرى من عدمه .

وإذا كنا قد التزمنا فى تحديدنا لعنوان الدراسة " المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ...." بعبارة المشرع المصرى فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى ،حيث نص فيها على أن " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين.."إلا أننا لانقصد بهذا فقط المهندس المعمارى بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح وإنما نقصد به كل من يتدخل فى عملية التشييد والبناء بعمل هندسى ،قياسى أو حسابى أو تنفيذى ،كالمهندس الإنشائى أو الاستشارى أو مهندس التنفيذ ،وذلك بالمقابلة للعملية المادية فى التنفيذ التى تشكل جل - إن لم يكن كل - مهمة المقاول فى هذا المجال .

ولاشك أن هذا هو المقصود الحقيقى للمشرع المصرى إبان وضعه لنص المادة ٦٥١ سالفة الذكر ،حيث كان المهندس المعمارى هو المهندس الوحيد الذى يناط به كافة الأمور الهندسية المتعلقة بالبناء والمنشآت الثابتة الأخرى (١١) بالمقابلة للمقاول الذى كان يعهد إليه بكل عملية التنفيذ.

خطة البحث

وعلى ذلك ،وطبقا لهذا المنهج الذى خططته ،كى تتم الدراسة على أساسه ،وتسير على منواله ،رأيت تقسيمها إلى :

فصل تمهيدى : نظرة تاريخية فى عقد المقاولة وأهميته المعاصرة .

باب أول : شروط تحقق المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء .

باب ثان : نطاق تطبيق المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء .

باب ثالث : الضمانات المستحدثة تشريعيا فى نطاق أحكام المسئولية الخاصة فى القانون المدنى الفرنسى .

خاتمة : تتضمن نتائج الدراسة .

---

(١١) انظر ،الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٥ ص ٢١ : ٢٢ .

فصل تمهيدى

نظرة تاريخية فى عقد المقاولة وأهميته المعاصرة

الفصل التمهيدى

نظرة تاريخية فى عقد المقاولة وأهميته المعاصرة

قبل أن ندخل فى بحث موضوع المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ،بعد انجاز العمل وتسليمه ،نرى لزاما علينا أن نقدم له بتمهيد بسيط ،ولكنه-فى نظرنا - ضرورى ،نتعرف به على عقد المقاولة تارخيا ،باعتباره مهبط هذه المسئولية ،ومحط ورودها ،فلا قيام لها إلا به ،ولا حياة لها إلا فى ظل أحكامه ،فهو المرتع الخصب الذى تترعرع فيه هذه المسئولية ،فتورق أغصانها وتؤتى أكلها - دوما - حفاظا على الصالح العام ،وتحقيقا للأمن الفردى والجماعى ،وصيانة للاقتصاد الوطنى ،وتنمية للمواردالقومية.

والمتأمل تاريخ عقد المقاولة ،يجده قد لازم البشرية فى رحلتها عبر تاريخها الطويل وإن لم يكن أحيانا بذات المسمى المعروف به فى عصرنا الحاضر ،إلا أنه لم يتغير فى مضمونه ومعناه مما يجعلنا بعيدين عن المغالاة إذا قلنا أنه ظل الحياة وتوأم البشرية .

وعلى ذلك ،فإننا نرى أن نعرض فى هذا الفصل التمهيدى - أولا - لعقد المقاولة فى الشرائع القديمة ،ثم نعرج - ثانيا - على وضعه فى الفقه الإسلامى ،وأخيرا نبين - ثالثا - مدى الأهمية المعاصرة له ،ومكانه بين دفتى القانون المدنى المعاصر . على أن يتم كل ذلك فى مباحث ثلاث .

المبحث الأول

عقد المقاولة فى الشرائع القديمة

نعرض فى هذا المبحث لعقد المقاولة ،فى كل من شريعة حمورابى ،ثم القانون الرومانى ملحقا به القانون الفرنسى القديم .

الفرع الأول

عقد المقاولة فى شريعة حمورابى

لم يعرف البابليون عقد المقاولة بهذا الإسم ،وإنما عرفوه ضمن عقد الإجارة ،ذلك العقد الذى خصه البابليون ،بعناية كبيرة فتعددت عندهم صوره ،وكثرت أنماطه [1] فكان من صور الإيجار لدى أهل بابل ،ما كان محله عملا يؤدى على شئ معين ،حيث يتفق الأطراف على نوع هذا العمل ،وكميته ،وعلى الأجر المقابل له . ومن أمثلة ذلك : تشييد منزل ،أو ترميمه ،أو هدمه . أو بناء سفينة أو إصلاحها ،أو نقل سلعة من مكان إلى آخر . إلى غير ذلك من صنوف وأشكال عقد الإيجار ،التى وجدت عند أهل الشرق ،فى تلك الحقبة البعيدة من الزمن [2].

ولقد شدد قانون حمورابى من مسئولية المقاول ،سواء الجنائية أم المدنية [3]،ففيما يتعلق بالمسئولية المدنية نجده يقضى فى المادة ٢٣٢ منه بأنه " إذا كان بناء قد بنى بيتا ،ولم يحسن عمله ،وانقض البناء ،وسبب تلفا لمال ،فسوف يعوض أى شئ يكون قد أتلفه ،لأنه لم يجعل البناء الذى أقامه متينا ،وسوف يبنى البيت الذى انقض من ماله الخاص "

---

(١) أستاذنا الدكتور / محمود سلام زناتى : فى ترجمته لقانون حمورابى . بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٧١ ص ٤٧ وما بعدها .

(٢) عبد المجيد محمد الحفناوى : تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية " مذكرات على الآلة الكاتبة" ١٩٦٩/١٩٧٠ ص ٤٥٤ محمد جابر الدورى مسئولية المقاول والمهندس عن مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه - رسالة ماجستير فى القانون - بغداد سنة ١٩٧٥ ص ٧ وما بعدها .

(٣) انظر فى ذلك المواد من ٢٢٩ الى ٢٣١ : من ترجمة قانون حمورابى لأستاذنا الدكتور : محمود سلام زناتى . المرجع السابق ص ٤٨ .

كما تقضى المادة ٢٣٣ منه بأنه "إذا كان بناء قد بنى بيتا لرجل ،ولم يجعل بناءه كأحسن ما يكون ،ونتأت حائط ،فسوف يجعل البنّاء تلك الحائط ،فى حالة سليمة على حسابه الخاص ".

ليس فى مجال البناء فحسب ،بل نجده أيضا يشدد من مسئولية المقاول الذى يقوم بإنشاء السفن ،فيقضى فى المادة ٢٣٥ منه بأنه " إذا كان مراكبى (أى صانع مراكب) . قد جلفط سفينة لرجل ولم يجعل عمله مأمونا ،ومن ثم حدث خرق بالسفينة فى تلك السنة بالذات ،أو ظهر بها عيب فسوف يفكك المراكبى تلك السفينة وسوف يجعل السفينة سليمة من ماله الخاص (٤)

كما يجد الباحث أيضا أن قانون حمورابى ،لم يغفل كيفية تحديد الأجرة ،وإن كانت تختلف تبعا لاختلاف الصناعات والحرف .وهكذا جرت المادة ٢٢٨ منه على أنه " إذا كان بناء قد بنى بيتا لرجل وأكمل (ه) (٥) من أجله ،فسوف يعطيه ٢ شيقل من الفضة ،عن كل سار (٦) من البيت أجرا له "

وكذلك المادة ٢٣٤ منه التى تقضى بأنه " إذا كان مراكبى قد جلفط سفينة من أجل رجل ،فسوف يعطيه ٢ شيقل من الفضه أجرًا له ".

---

(٤) محمود سلام زناتى : المقال السابق ص٤٩؛ عبد الرسول عبد الرضا " الالتزام بضمان العيوب الخفية فى القانونين المصرى والكويتى " رسالة مقدمة إلى جامعة القاهرة عام ١٩٧٤ بند ٥ ص ٥.

(٥) الموجود بالنص كلمة " وأكمل " وأضاف المؤرخون المترجمون الضمير ووضعوه بين قوسين على الوضع المبين فى المتن بقصد المساعدة على فهم المضمون .

(٦) السار SAR عبارة عن مقاس ،يعادل حوالى $\frac{1}{5}$ ٤٢ ياردة مربعة .

راجع فى الهامشين ٥ ،٦ ؛ محمود سلام زناتى : المقال السابق ص ٤٧ ،٤٨ منه .

وكذلك المادة ٢٣٤ منه التى تقضى بأنه " إذا كان مراكبى قد جلفط سفينة من أجل رجل ،فسوف يعطيه ٢ شيقل من الفضه أجرا له ".

كما ألزم رب العمل بدفع الأجرة فى الوقت المتفق عليه سواء كان ذلك قبل أداء العمل أو أثناءه أو بعد الانتهاء منه (٧).

ولقد عرف قانون حمورابى فى شكل الإيجار أيضا ما يعرف فى عصرنا الحاضر بمقاولات أرباب المهن الحرة كالطبيب والمحامى والمهندس ،فكان يلزم صاحب المهنة بأداء العمل المطلوب منه دون غش أو إهمال منه وإلا تعرض للمسئولية (٨).

***

(٧) الدورى : المرجع السابق ص ٨ .

(٨) محمود سلام زناتى : تاريخ النظم القانونية ، ط ١٩٦٧ ص ٣٩٢ .

الفرع الثاني
عقد المقاولة في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم

نعرض في هذا الفرع لبيان عقد المقاولة في القانون الروماني وذلك في مطلب أول ، ثم في مطلب ثان : بيانه في القانون الفرنسي القديم .

المطلب الأول
عقد المقاولة في القانون الروماني

لم يعرف أيضا القانون الروماني عقد المقاولة ،كعقد مستقل بذاته وبنفس تسميته الحالية ،وإنما عرفه كنوع من الإجارة ،ولكنها إجارة ترد على العمل [1] كما عرفه أيضا مختلطا بعقد الوكالة [1] م .

فأما عن اختلاط عقد المقاولة بالإيجار عند الرومان فذلك لأن القانون الروماني ،لم يكن يعرف لفظ المقاولة ،فقد كان يعتبر كل العقود الواردة على العمل نوعا من الإيجار، إلا أنه كان يفرق من حيث محل العقد ،بين ما إذا كان محله انتفاع بشيء معين فسماه عقد إيجار الأشياء "Lotatio rerum" وبين ما إذا كان محله الانتفاع ،وسماه عقد ايجار العمل [٢] "Locatio operarume, operis faciendi"

ولقد قصر الرومان عقد العمل ،على الأعمال اليدوية التي اعتبروها من الأعمال الحقيرة ،التي لايقوم بها إلا، الأرقاء أو الأجراء الذين يرتبطون بعقد إجارة الأشخاص ويستأجر عملهم ،وشبهوا عملهم هذا بالمتاع ،من حيث إمكان الانتفاع به

---

(١) محمد محسن البرازقى : محاضرات في الحقوق الرومانية ج ٢ ط ١٩٣٥ ص ٢٣٠ وهو يرى أن الرومان قد عرفوا نفس عناصر المقاولة المعروفة الآن من مستصنع وصانع وشيء يرد عليه الصنع وانظرا أيضا ،محمود سلام زناتي : نظم القانون الروماني ١٩٦٦ ص ٢١٧ - ٢١٩.

(١) مكرر انظر المراجع المشار إليها في الهوامش التالية : ٥،٣

(٢)= بيدان وروديير: دروس في القانون المدني=

كما ينتفع بالمتاع تماما وهذا ما استند اليه أنصار المذهب الفردى بعد ذلك ، اذ اعتبروا العمل سلعة ، يرد عليها مايــرد على السلع الأخرى ، من بيع وشراء ويتحدد سعرها فى أسواق العمل طبقا لقانون العرض والطلب ، الا أن أنصار المذهب الاشتراكى، فى عصر لاحق ، لم يرق لهم هذا التمثيل من الفرديين ورفضوا اعتبار العمل سلعة ، تباع وتشترى كباقى السلع وهذا التغير فى الفكرة الاقتصادية لزمة تغيير مماثل فى الفكرة القانونية ، فجـاءت التقنينات الحديثة لتفصل بين هذه العقود الثلاثة وتخص كلا منها بأحكامه وتضعه فى المكان الذى يتفق وطبيعته ، بين دفتــى القانون المدنى (٣)

ثما عن اختلاط عقد المقاولة بعقد الوكالة فى القانـيون الروكانغ ، فذلك يرجع الى تقاليد هذا القانون ، التى أبت أن تسوى بين الاعمال اليدوية والعقلية فبينما هبطت بالأولى الى مرتبه السلع المادية التى تباع وتشترى بالأسواق ويتحدد سعرها بأمر خارج عن طبيعتها وكنهها ، طبقا لقانون العرض والطلب، وذلك حطا لشأنها وشأن من يزاولها ، فجعلت منها محلا لعقد اجـارة الأشخاص وجعلت منه أجيرا عند من يستأجره نقول : بينما هبطت تلك التقاليد بهذه الطائفة الأولى الى هذا المستوى نراها تسمـو بالثانية الى مكان السمو والسؤدد رفعا لشأنها وشأن من يؤديها وأبت عليها أن تكون كسابقتها ، وعليه (أى القائم بها) أن يكون كسابقه ، بل جعلت منها حلا لعقد الوكالة ، كما جعلت منه وكيــلا لصاحب الشأن ، ينوب عنه ، ويقوم مقامه ، وفى هذا مافيه مــن

= الفرنســى "Cours de droit civil français" ط ٢ ١٩٤٧ حـ ١٢ بند ١٧٣ ص ١٨٧ بلانيول وربير ورواست : المطول العملى فى القانون المدنى الفرنسى "Traité pratique de droit civil français" ٢ ١٩٥٤ حـ ١١ بند ٩٠٦ ص ١٣٩ ، أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقـد المقاوله دار النهضة العربية ط ١ ١٩٦٢ ، ص ١١ هامش ١ ، السنهـورى الوسيط فى شرح القانون المدنى دار النهضة العربية ط ١ ١٩٦٤ حـ ٧ - ١ بند ١ ص ٦ ويقرر الدكتور : صبحى مسكونى (القانون الرومانى ط ١ ١٩٦٨ ص ٢٨٩ ، أشار إليه أيضا الأستاذ الدورى فى رسالتـه سالفة الذكر ص ٨ هامش ٢) " أن الرومان قد عرفوا ثلاث صور من عقد الإيجار ، بحسب ما إذا ورد العقد على شىء أو على خدمة أو على عمل معين . وهى : ١ - عقد إيجار الأشياء الذى يرد علـى الأرض . ٢ - عقد إيجار الخدمة أو عقد العمل ٣- عقد إيجـار الصانع ، أو عقد المقاولة ، والذى يقوم على دفع شىء معين إلـى الصانع ليعمل فيه .

(٣) راجع . السنهورى : فى الوسيط جـ ٧ ١ بند ١ ص ٦ وما بعدها ، وبند(٥) هامش ٢ والدورى . المرجع السابق ص ٨ . ٩ .

التشريف والإعزاز والإكبار ومما ساعد على ذلك أن الوكالة فى القانون الرومانى كانت لا تقتصر على التصرفات القانونية ،بل تمتد أيضا إلى الأعمال المادية (٤).

ولقد ترتب على ذلك ،أن صاحب المهنة الحرة لم يكن له فى القانون الرومانى أن يلزم الطرف الآخر بأجر شأنه فى ذلك شأن الوكيل ،إلا أن القانون الرومانى نفسه لم يثبت على هذا النهج بل انتهى الأمر بالتحايل على أحكامه ،وسلم لصاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعابه عن عمله عن طريق دعوى غير عادية perscentio extraorainaris لا عن طريق دعوى الوكالة (٥).

والذى ينبغى تسجيله هنا أن القانون الرومانى ،وإن لم يعرف عقد المقاولة كمسمى مستقل بذاته ، كما هو الحال فى عصرنا الحاضر ،إلا أنه عرفه كأشخاص ،وموضوع يرد عليه ،فقد كان هذا العقد فيه - كعقد إيجار - يتضمن ثلاثة عناصر! المستصنع Locator والصانع rede mptor , conductor والشىء الذى هو ملك للمستصنع ،والذى يكله هذا إلى الصانع ،ويجب الانتباه إلى أن الشىء هو ملك للمستصنع ،فإذا كان ملكا للصانع عد العقد بيعا لا إجارة صنعة . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا بناء الدور، فتشييد دار لشخص فى أرضه ،يعتبر إجارة صنعة ،ولو كانت الحجارة ومواد البناء للبانى . و يعلل عدم اعتبار هذا العقد بيعا ،بامتلاك صاحب الأرض البناء بطريق الإلحاق ،أى الالتصاق (٦).

المطلب الثانى عقد المقاولة فى القانون الفرنسى القديم

ورث هذا القانون عن القانون الرومانى ،خلطه عقد المقاولة بعقد الإيجار أيضا ،ولذلك نراه قد عالج أحكامه ضمن الباب

---

(٤) السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ بند ٥ ص ١٦ هامش ٢، عنبر عقد المقاولة ط ١٩٧٧ بند ١٨ ص ٢٩ هامش ٤٧ .

(٥) السنهورى : الهامش السابق ،ويشير إلى كل من جيرار فى القانون الرومانى ط ١٩٢٤ ص ٦١٢ وما بعدها، مونييه فى القانون الرومانى ، ط ١٩٤٨ بند ٣١ ص ٢٦٠ وما بعدها .

(٦) البرازقى : المرجع السابق ص ٢٣٠ وما بعدها .

المخصص لأحكام عقد الإيجار [٧]. باعتبار أنه نوع من الإجارة، لذلك فقد بقى هذا العقد - كما كان الحال فى القانون الرومانى - مختلطا بعقدى الإيجار والعمل • واستمر القانون الفرنسى القديم، وكذلك تقنين نابليون الصادر ١٨٠٤، والقوانين التى أخذت عنه وذلك كالقانون المصرى القديم - وطنى ومختلط - يعتبر العلاقة بين المقاول ورب العمل، علاقة صانع بمستصنع [٨].

ويوضح ذلك أن المادة ١٧٠٨ من تقنين نابليون الصادر ١٨٠٤ قد نصت على نوعين من الإيجار - وذلك على نسق القانون الرومانى إيجار الأشياء، وإيجار الأعمال •

وتكفلت المادة ١٧٠٩ بتعريف عقد إيجار الأشياء، كما تكفلت المادة ١٧١٠ بتعريف عقد إيجار الأعمال •

كما تضمن الفصل الثانى من الباب المخصص لعقد الإيجار فى المواد من ١٧١٣ الى ١٧٧٨ لقواعد الخاصة بعقد إيجار الأشياء، من عقار ومنقول، دون أن يتضمن شيئا عن تنظيم عقد إيجار الأعمال بينما نيط بالفصل الثالث من ذات الباب تنظيم أحكام هذا العقد الأخير، تحت عنوان " إجارة الأعمال والصنايع Du louage d'ouvrage et d'industrie وذلك فى المواد من ١٧٧٩ إلى ١٧٩٩، مدنى فرنسى • ونصت المادة ١٧٧٩ منه على ثلاثة أنواع رئيسية من إجارة الأعمال والصنايع هى : إجارة الخدم، أو العمال، وإجارة الناقلين براً أوبحراً وأخيرا إجارة أرباب الصنايع، على خلاف القانون الرومانى الذى لم يعرف سوى نوعين فقط هما : إجارة الأشياء وإجارة العمل وإن كان قد سبقت الإشارة إلى أن هناك من يضيف إليهما عقد إجارة أرباب الصنايع [١٠].

---

(٧) انظر فيما يأتى ص ٦٨ وما بعدها •

(٨) محمد كامل مرسى: شرح القانون المدنى الجديد، العقود المسماه - ج ٤، ١٩٥٣ بند ٥٦٦ ص ٤٧١ • السنهورى : الوسيط، ج ٧ - ١ ص ١٦ وما بعدها •

(٩) انظر المواد من ١٧٧٩ - ١٧٩٩ مدنى فرنسى وانظر الهوامش المشار إليها فى ص ٥٠ فيما بعد • ٦٩

(١٠) انظر، فيما سبق، ص ٢٨ هامش ٢ بها •

المبحث الثانى

عقد المقاولة فى الفقه الإسلامى

لم يعرف الفقه الإسلامى المقاولة إسما ،بقدر ما عرفها معنى وعملا . فقد وجدت المقاولة فى الفقه الإسلامى على ضربين :

الأول : أن يقدم المقاول (الصانع) العمل والمادة معا وهنا يسمى العقد بعقد الاستصناع . وهو عقد عرفه الفقه الإسلامى وبين أحكامه .

والثانى : أن يقدم المقاول (الصانع) العمل فقط ،على أن يقدم رب العمل (المستصنع) مادة الصنع من عنده ،فيكون المقاول هنا أجيرًا مشتركا ،وبين الفقه الإسلامى أيضا أحكامه وشروطه .

هاتان هما الصورتان العمليتان لعقد المقاولة فى المفهوم الحديث ،تضمنهما الفقه الإسلامى ،وبين أحكامهما وشروط صحتهما ورتب عليهما آثارهما .

فالفقه الإسلامى إذن عرف المقاولة معنا وطبقها عملا ،وإن لم يستعمل تعبير المقاولة ذاته ،ومعلوم أن الأسماء تتغير وتتبدل أما المعانى فثابتة راسخة ،ولهذا كانت القاعدة أن الأمور بمقاصدها لابمسمياتها .

كذلك فإن كل صورة من هاتين الصورتين ،يكون الصانع فيها مستقلا فى أدائه لصنعته عن المستصنع (رب العمل) استقلالا تاما فنيا وإداريا وتنظيميا ،فهو يؤدى عمله بالكيفية التى يراها أنسب لتأديته ،وبالمواد التى يختارها ،وغير مطالب فى مواجهة المستصنع إلا بالنتيجة المتفق عليها ،وهذه هى الخاصية المميزه لعقد المقاولة فى المفهوم الحديث ،وبذلك تكون كل صورة من هاتين

الصورتين قد تضمنت أهم خصائص عقد المقاولة فى مفهومه الحديث .

وعلى ذلك،فإنه زيادة فى الإيضاح ،وتوخيا للمقصود، نعرض لدراسة كل صورة من هاتين الصورتين فى فرع مستقل ، ثم فى فرع ثالث نعقد مقارنة بين عقد المقاولة بمفهومه المعاصر،وصورتيه فى الفقه الإسلامى .

****

الفرع الأول

عقد الاستصناع فى الفقه الإسلامى[(١)]

تعريفه : الاستصناع لغة : طلب الصنعة[(٢)] أوطلب العمل[(٣)]

واصطلاحا : هو عقد على بيع عين موصوفة فى الذمة ومطلوب صنعها[(٤)] ،أو هو بيع ما يصنعه عينا[(٥)] ،وعرفه بعضهم كذلك بأنه طلب عمل شىءخاص على وجه مخصوص مادته من الصانع[(٦)]،وقيل إنه اتفاق مع أحد الصناع ،على صنع شىء معين نظير أجر معين بخامات من عنده[(٧)].

ومن صوره التى تذكر عادة فى كتب الفقه ،أن يقول شخص لصانع خف ،أو آنية مثلا ،اصنع لى خفا بهيئة كذا ويوضح له طوله وسعته ومادته ،والثمن الذى سيدفعه له ،أو اصنع لى آنية تسع كذا وزنها كذا وبهيئة كذا ،وكذا ،ويعطى الثمن المسمى أوبعضه ، أو، لايعطى شيئا فيقبل الآخر فينعقد العقد .(٨)

---

(١) نعرض للاستصناع هنا طبقا للمذهب الحنفى باعتباره أكثر المذاهب تفصيلا فيه ،مع الإشارة إلى ماجاء عنه فى مذاهب أخرى

(٢) البابرتى : شرح العناية على هامش فتح القدير - مطبعة البابى الحلبى ط ١ سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٤ من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية - على مذهب أبى حنيفة ،إعداد اللجنة التحضرية لتقنين الشريعة الإسلامية ،إشراف مجمع البحوث الإسلامية . ط التمهيدية سنة ١٣٩٢هـ ١٩٧٢ م .

(٤) الصديق محمد الأمين ، الضرير ،فى رسالته " الغرر وأثره على العقود فى الفقه الإسلامى " القاهرة ١٩٦٦م .

(٥) م ٢١٤ من المشروع - انظر هامش ٣ أعلاه .

(٦) أحمد أبو الفتح : المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ط سنة ١٩٢٢م ص ٣٨٨ ،وهو ذات التعريف الذى أورده صاحب مرشد الحيران . فى المادة ٥٥٦ منه انظر محمد قدرى باشا " مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان ،ط ١ ،سنة ١٣٣٨ هـ دار النشر والتاليف التجارية،السنهورى : مصادر الحق الحق فى الفقه الإسلامى طبعة المجمع العلمى العربى الاسلامى - بيروت ج ١ ص ١٦.

(٧) عيسوى أحمد عيسوى : المدخل للفقه الإسلامى ط ١٩٦٧م ص ٤٣٥ وكذا ص ٥١٧ .

(٨) بدائع الصنائع للكاسانى ط ٢ ١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م دار الكتاب العربى بيروت ، جـ ٥ ص ٢ ،البابرتى :هامش ٢ أعلاه .

أما أركان عقد الاستصناع : فهي - كما هو الحال في سائر العقود - تراض يتمثل في إيجاب من المستصنع ،وقبول من الصانع وسبب للتعاقد ،ومحل يرد عليه ،وهو عند الراجح من الأحناف العين التي وقع عليها الصنع ،وليس عمل الصانع حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته ،أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز[9] ولهذا اعتبره الفقهاء بيعا لا إجارة ،فقالوا: إنه بيع له شبه بالإجارة[10] إلا أن هناك من فقهاء الحنفية من قال بأن المعقود عليه هو العمل ،وليس العين ،وذلك لأن الاستصناع ينبئ عنه [11].

أما أساس مشروعيته ،فهو إجماع الأمة عليه ،منذ الصدر الأول للإسلام ،وجريان التعامل به في سائر الأعصار والأمصار ،من غير نكير منهم ،لذلك جاز استحسانا على خلاف الأصل الذي يقتضي منعه[12] والقياس يترك بالإجماع ،لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " وقوله عليه الصلاة والسلام" لا تجتمع أمتي على ضلالة " ،وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا [13].

---

(٩) المبسوط : للسرخسي ج ٣٥ كتاب الإجارات " باب الرجل يستصنع الشيء " ص ٨٥ ،شرح فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام ج ٧ ص ١١٥ ،حاشية سعدي جلبي ،على هامش فتح القدير ،الموضع السابق ص ١١٦ وهو ما أخذ به صاحب مرشد الحيران في المادة ٥٥٧ منه ونصها " ينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع " .

(١٠) أحمد أبو الفتح : هامش ٦ أعلاه ، الضرير: هامش ٤ أعلاه ، والمادة ٢١٤ من المشروع ومذكرتها الإيضاحية ،حيث جاء بها " وهو بيع عند عامة مشايخنا " وقال بعضهم: هو عدة ،والصحيح في المذهب جوازه بيعا ...»

(١١) وهو قول أبو سعيد البردعي . ذكره البابرتي على هامش فتح القدير ،ص ١١٥ ،وابن عابدين في حاشيته رد المحتار على الدر المختار ط ٣ ١٣٢٥هـ مطبعة بولاق بمصر ج ٤ ص ٢٢٢ ومابعدها ،وهو ما يقول به أيضا بعض رجال الفقه الإسلامي المعاصرين (انظر محمد سلام مدكور : المدخل للفقه الإسلامي ط ٢ ١٩٦٣ص ٥٧٧ هامش ٤ .عيسوى هامش ٧ أعلاه).

(١٢،١٣) إذ الأصل عند الحنفية ،أن العقود لاتصح إلا إذا وردت على محل موجود وقت العقد .

راجع : المبسوط للسرخسي : ج ١٢ ص ١٣٨ وما بعدها؛ الهداية شرح البداية لشيخ الإسلام المرغيناني ،المتوفى سنة ٥٩٣ هـ . والشروح الواردة عليها بهامش فتح القدير لابن الهمام ج ٧ ص ١١٤ ،وكذا المذكرة الإيضاحية ،للمادة ٢١٤ من المشروع ص ٢٩١.

وحكمة مشروعيته قيام الحاجة الماسة إليه ،ولو قيل فيه بالقياس لوقع الناس فى المشقة والحرج [١٤].

ويذهب رأى معاصر ،إلى أن الاستصناع ،وإن كان بيع معدوم إلا أنه بيع معدوم محقق الوجود فى العادة ،فلا غرر فيه ،لاسيما على الرأى الذى يجعله عقدا لازما ،مادام الشئ المصنوع على الصفة المطلوبة ،ويرى أنه جائز قياسا لا استحسانا لانه عقد معاوضه خال من الغرر [١٥].

وهذا هو الذى نراه أحق بالترجيح ،لاستقامة استدلاله ،وسلامة منطقه ،واتفاقه مع مبادئ الشرع الإسلامى ، الذى يقضى باباحة كل مافيه نفع للعباد ،وقيام بحاجاتهم ،مالم يتعارض مع أصل من أصوله .

شروط صحة عقد الاستصناع

قلنا إن جمهور الأحناف على أن الاستصناع بيع [١٦]،ولذلك اشترطوا فيه ما يشترط فى البيع من العلم بالمحل ،فلابد من بيان جنس المستصنع ،ونوعه وقدره وصفته ،لأنه بيع ،فلابد أن يكون المحل معلوما ،علما ينفى الجهالة عنه [١٧].

---

(١٤)بدائع الصنائع ،للكاسانى : ج ٥ ،ص ٢ وما بعدها و ص٢٠٩ والمبسوط : الهامش السابق ،والحنابلة على عدم الجواز لأنه بيع ما ليس عند الإنسان ،وهو مالا يجوز إلا فى السلم لأن الرسول صلى الله عليه وسلم ،نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص فى السلم . انظر : الفروع . لمس الدين أبو عبيد الله ج ٢ ص ٤٥٨. ط ١ دار المنار بمصر سنة ١٣٤١ هجرية .

(١٥) الضرير : رسالته السابقة ص ٤٥٨.

(١٦) وقال بعض علماء الحنفية " هو عدة لاعقد" انظر فى ذلك شرح العناية على الهداية للبابرتى . سابق الإشارة ص ١٥ والمبسوط ج١٢ ،ص ١٣٩ ،والمادة ٢١٤ من المشروع ومذكرتها الإيضاحية ، ص ٢٩١ وحاشيته ابن عابدين : ج ٤ ص ٢٢٢ . وهو أيضا مذهب الزيدية . راجع البحر الزخار لابن المرتضى ط ١ ،١٣٦٧ هـ ١٩٤٨م مطبيعة أنصار السنة ج ٣ ص ٣٩٨ ،ويسميه صاحب البحر " الاصطناع " .

(١٧) الضرير : الهامش رقم ١٥ أعلاه ،والمادة ٢١٦ من المشرع ومذكرتها الإيضاحية ،ص ٢٩٢ - ٢٩٣ .

كما اشترطوا أن يكون مما يجرى التعامل فيه بين الناس كالأحذية والأوانى والسيوف والسكاكين إلى غير ذلك ،أما مالم يجر فيه التعامل فالقياس فيه واجب ،ومقتضاه المنع ،من ذلك عدم جوازه فى الشياب لعدم جريان التعامل به فيها (١٨) .

ولنا أن نقول: إن التعامل بين الناس ، أمر متغير متطور تغير ظروف الحياة وتطورها ،وهذا أمر جد نسبى ،فما يجرى به التعامل هنا ،قد لايجرى به هناك ،وما يتعامل فيه الناس فى زمن معين ،قد لا يتعاملون فيه فى زمن آخر . ولذلكنرى أن يكون المعيار مرنا مرونة قواعد الشريعة الإسلامية ،بحيث يكون صالحا لكل زمان ومكان وهذا يقتضى أن لا يرتبط التعامل بصنف معين بذاته أوأصناف معينة بذواتها وإنما يكون مرتبطا بمطلق جريان التعامل فيه بين الناس ،شريطة ألا يكون هذا التعامل مصطدما بأصل شرعى يقتضى منعه وذلك حتى يكون مستوعبا لكل ما يجرى فيه التعامل بين الناس ،فى كل زمان ومكان ،وإلا وقع المسلمون فى المشقةوالحرج ، الأمر الذى تأباه قواعد الشريعة ذاتها .

وعند أبى حنيفة رحمه الله ألا يكون فيه أجل ،فان ضرب للاستصناع أجل ،صار سلما تعتبر فيه شرائط السلم والأجل الذى يكون الاستصناع معه سلما ،عند أبى حنيفة ،هو شهر فأكثر ،فإن أجل إلى هذه المدة كان سلما ،لأن الأجل فى المبيع من خصائص السلم ،وذكر الأجل يعنى أن العقد سلم ،وإن لم يذكر اسمه صراحة ،وإن كانالأجل أقل من الشهر ،صح العقد استحسانا كما قلنا ،إن كان الاستصناع متعارفا ،فإن لم يكن كذلك ،صح العقد واعتبر بيعا باتا ،إذاكان الأجل على سبيل الاستعجال ،لأن الأقل من الشهر يكون فى حكم الحلول وإن كان الأجل على سبيل الاستمهال فسد العقد لأن الاستصناع غيرجائز إذ لا تعامل فيه ،ولايمكن اعتباره بيعا باتا ،لأن استمهال الصانع

---

(١٨)بدائع الصنائع ،للكاسانى . ج ٥ ،ص ٣ وكذا ص ٢٠٩ وكذا المراجع المشار اليها بالهامش السابق .

الحـــال .

حكم الاستصناع وصفته

وأما حكم الاستصناع ،فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المبيعة فى الذمة ،وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غيرلازم(٢٣)

وأما عن صفة عقد الاستصناع ،من حيث لزومه وعدمه ،فالعقد قبل الدخول فى العمل ،غير لازم فى حق كل من الجانبين ،كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين ،لكل واحد منهما فسخه ،وكذلك الحال بعد الفراغ من العمل وقبل أن يراه المستصنع . حتى كان للصانع أن يبيعه من آخر ،وليس للمستصنع أن ينقضه ،وإذا هلك تحمله ،شأنه شأن البائع قبل التسليم (٢٤).

وذهب رأى ،صححه الزيلعى ،إلى أن الصانع لاخيار له ،ويجبر على المضى فى العمل ،وأن الخيار للمستصنع وحده ،لأن الصانع بائع ولا خيار للبائع ،إذا باع مالم يره (٢٥).

أما اذا أحضر الصانع العين على الصفة المشروطة ،فقد حكى محمد بن الحسن فى ظاهر الرواية اتفاقا على أن المستصنع بالخيار لانه مشترى مالم يره ،أما الصانع فقد أسقط خياره بالإحضار،قياسا على البيع الذى شرط فيه الخيار للمتعاقدين إذا أسقط أحدهماخياره يقى خيار الآخر (٢٦)

---

(٢٣) بدائع الصنائع : للكاساني : هامش ١٨ أعلاه . أحمد أبو الفتح : المرجع السابق ص ٣٨٨،والمادة ٢١٧ من المشروع ومذكرتها الإيضاحية ص ٢٩٣ - ٢٩٤ .

(٢٤) انظر المراجع المشار اليها فى الهامش السابق .

(٢٥) الزيلعى : في شرح الكنز ط ١ سنة ١٣١٤ هـ مطبعة بولاق مصر . جـ ٤ ص ١٢٤ وقال " إن هذا هو الصحيح " حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٢٢ ، المادة ٢١٧ من المشروع ومذكرتها الإيضاحية ص ٢٩٣-٢٩٤

(٢٦) انظر المراجع المشار إليها فى الهوامش ٢٣ ؛ ٢٥ أعلاه بإشاراتها .

وروى أن أبا حنيفة،رحمه الله ،أبقاه لهما ،بينما منعه أبو يوسف . وجه الإمام رفع الضرر عنهما وهذا واجب ووجه صاحبه ،منع الضرر الذى يلحق الصانع ،بعدم أخذ المستصنع للمصنوع ،بعد أن أتى به الصانع على الصفة المشروطة فى العقد (٢٧).

ويميل صاحب البدائع إلى ما حكاه صاحب ظاهر الرواية وحجته أن فى مخالفته تفويت للغرض الذى أجيز الاستصناع من أجله خلافا للقياس ،وهو دفع حاجة المسلمين ،ودرء المشقة والحرج عنهم .ولاشك أن درء المضار مقدم على جلب المنافع (٢٨).

ونحن نميل إلى قول أبى يوسف ،بلزوم العقد فى كل من الجانبين ،متى كان قد دخل فى العمل ،وذلك ميلا للاستقرار فى المعاملات ،والابتعاد عن الغرر فى العقد ،ودرء المضار عن كل من المتعاقدين . وكلها مقاصد سامية ،سعى الشارع الحكيم إلى تحقيقها لجماعة المسلمين . ذلك أنه فى حالة ثبوت الخيار للجانبين - لايدرى كل من الصانع والمستصنع عما إذاكان العقد سيتم أم لا . وفى هذا مافيه ،من عدم الاستقرار فى التعامل بين المسلمين ،وقيام الغرر فى هذا العقد ،الأمر الذى يلحق الضرر لامحالة بالمتعاقدين ،وهذا مالا ترتضيه قواعد الدين الحنيف . ولا مخرج من ذلك إلا القول بلزوم العقد مالم يقدم الصانع شيئا مخالفا للوصف المقتضى شرطا أو عرفا ،فيثبت حينئذ الخيار للمشترى لفوات الوصف (٢٩).

---

(٢٧)،(٢٨) بدائع الصنائع : جـ ٥ ص ٤٤٣ ،ص ٢١٠ ،المبسوط للسرخسى . الموضع السابق ص ٩١ وما بعدها . شرح فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام سابق الإشارة جـ ٧ ص ١١٦ ،حاشية ابن عابدين ،جـ ٤ ص ٢٢٢ أحمد أبو الفتح ،المرجع السابق ص ٣٨٨ ، وما بعدها .

وقد أخذ صاحب مرشد الحيران بظاهر الرواية فى المادة ٥٦١ منه التى تقضى بأنه " لايتعين المبيع للآمر ،قبل اختياره له فيجوز للصانع أن يبيع مصنوعه قبل رؤية الآمر ،كما يجوز للآمر أخذه وتركه بخيار الرؤية " .

(٢٩)من هذا الرأى : الضرير ،فى رسالته سالفة الذكر ص ٤٥٩.

وهذا ما يذهب إليه الإمام السرخسى فى مبسوطه ،بعد أن عرض مذهب القاضى شريح فى الإجارة ،وهو عدم تعلق اللزوم بها ،لأنها عقد على المعدوم ،كان جوازه للحاجة على خلاف الأصل ،يقول الإمام السرخسى " ولسنا نأخذ فى هذا بقوله ،فالإجارة عقد معاوضة ،واللزوم أصل فى المعاوضات ،ولأن فى المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولايعتدل النظر بدون صفة اللزوم "(٣٠).

نخلص مما تقدم إلى أن عقد الاستصناع ،هو ذلك العقد الذى يقدم فيه الصانع كلا من المادة والعمل ،وأنه يعتبر عندئذ ،وفقا للراجح فى الفقه الإسلامى ،عقد بيع ،ولكنه عقد غير لازم بالنسبة للمستصنع له ،له أن يفسخه فى أى وقت أراد ،لأنه مشترى مالم يره فيثبت له خيار الرؤية .

هذه هى الصورة الأولى لعقد المقاولة بمفهومه الحديث ،عرضاها كما هى فى الفقه الإسلامى ،وننتقل الآن إلى بيان الصورة الثانية وهج التى لايقدم فيها العامل سوى عمله ،بينما يقدم رب العمل المادة اللازمة للصنع ،والتى يسميها الفقه الإسلامى " بالأجير المشترك " .

***

(٣٠) راجع المبسوط : كتاب الإجارات ص ٧٩.

الفرع الثانى

الأجير المشترك

انتهينا فى الفرع السابق ، إلى بيان أحكام عقد الاستصناع حيث يقدم الصانع العمل ومادة المصنوع من عنده ، ونعرض فى هذا الفرع إلى بيان التطبيق العملى الثانى لعقد المقاولة ، بمفهومه الحديث ، فى الفقه الإسلامى ، وهى الصورة التى يقدم فيها رب العمل مادة المستصنع بينما يقتصر دور العامل على عمله وهذه الصورة تسمى فى الفقه الإسلامى ب " الأجير المشترك " .

تعريفه

والأجير المشترك كما عرفه فقهاء المسلمين ، هو من يلتزم العمل لا لشخص معين ، كالخياط والنجار والقصار ، ونحو ذلك فإن كان لمعين ، اشترطوا ألا يكون العمل مؤقتا ، بألا يكون مقيدا بيوم أو يومين ، أو أسبوع ، كمن استاجر بناء ليبنى له فى بيته ، غير مقيد بوقت معين ، فيكون أجيرا مشتركا حتى ولو لم يعمل لغيره ، فإن كان العمل مؤقتا ، اشترطوا ألا يكون على التخصيص ، بمعنى ألا يشترط عليه رب العمل ألا يعمل لغيره ، فإن اشترط عليه ذلك كان أجيرا خاصا (١).

وعرفه كذلك صاحب المسبوط : " بانه من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد (٢).

---

(١) انظر فى ذلك : درر الحكام فى شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو - الحنفى ، وبهامشه حاشية العلامة ، الشرنبلالى - الحنفى ط ١٣٠٤ هـ ج ٢ ص ٢٣٥٠ والفوائد السمية ، فى شرح النظم المسمى ب" الفوائد السنية " على مذهب أبى حنيفة للكواكبى ، وبهامشه إرشاد الطالب إلى منظومة الكواكب فى علم الأصول للمؤلف ط١ ١٣٣٤هـ ص ٨٢ وما بعدها ، مطبعة بولاق . والخرشى : على مختصر خليل وبهامشه حاشية ، الشيخ على العدوى ، مطبعة بولاق ١٣١٨هجرية ج ٧ ص ٢٨.

(٢) المبسوط : للسرخسى : " باب متى يجب للعامل الأجر " ص ١٠٣.

كما عرفه صاحب الهداية : " بأنه من لايستحق الأجرة ،حتى يعمل ،كالصباغ ،والقصار " [٣] ومثله ماجاء فى مجمع الضمانات " أن الأجير المشترك ،هو من يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ " وزاد " بأن له أن يعمل للعامة [٤]. أو " هو من التزم عملا فى ذمته ،بخلاف المفرد ،وهو من أجر نفسه مدة معينة لعمل " [٥].

وأهم ما يلاحظ على هذه التعاريف ،أنها وإن اختلفت فى مبانيها ،إلا أنها اتحدت جميعا فى المعنى ، الذى يجعل من الأجير المشترك ، ذلك الشخص الذى يعرض خدماته لعامة الجمهور من الناس وليس لشخص معين بذاته أو أشخاص معينين بذواتهم ،ويستحق أجرة فى مقابل ما يؤديه من عمل ،مع توافر عنصر الاستقلال له فى أدائه لعمله . وذلك بالمقابلة للأجير الخاص ،وهو الذى يعمل لشخص معين بذاته ،أو أشخاص معينين بذواتهم ،ويستحق أجره متى وضع نفسه تحت تصرف صاحب العمل ولو لم يعمل ،ويكون فى عمله خاضعا لسلطة رب العمل ،وتوجيهه وإشرافه .

وطبقا لهذا التعريف ،يعتبر أجيرا مشتركا ، فى عصرنا الحاضر كل أصحاب المهن الحرة [٦] ،والحرفيين [٧] الذين يقدمون أعمالهم

---

(٣) الهداية ،شرح بداية المبتدئ : للمرغينانى ط ٩٦٥هـ مطبعة البابى الحلبى بمصر ج ٣ ص ٢٤٤ .

(٤) مجمع الضمانات : للبغدادى (أبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى) ط ١ سنة ١٣٠٨ هجرية المطبعة الخيرية بالجمالية بمصر ص ٢٧ .

(٥) مغنى المحتاج على متن المنهاج : للشيخ محمد الشربينى الخطيب ،ط ١٣٥٢ هـ ١٩٣٣م . ج ٢ ص ٣٥٢. ولقد عرفته المادة ٥٩٠ من مرشد الحيران بأنه " هو الذى يعمل لا لواحد مخصوص ،ولا لجماعة مخصصين ،أو يعمل لواحد مخصوص أو لجماعة مخصوصين عملا غير مؤقت أو عملا مؤقتا بلا اشتراط التخصيص عليه . والأجير المشترك لايستحق الأجرة إلا إذا عمل " الباب الثالث : فى إجارة الآدمى ص ١١٣.

(٦) كالطبيب والمحامى والمهندس والفنان والمقاول .

(٧) كالنجار ،والبناء ،والخياط ،والصباغ ،والحفار ،والراعى والحجام .

كل حسب تخصصه - لعامة الجمهور ،وليس لحساب شخص معين بذاته فإن اشترط التخصيص كان أجيرا خاصا (٨).

بعد أن بينا تعريف الأجير المشترك عند فقهاء المسلمين نعرض لبيان أحكام كل من العمل والأجرة عندهم ،باعتبارهما البحليق القائم عليهما عقد الأجير المشترك .

فأما عن العمل : فهو المحل الذى يرد عليه العقد ،أى هو المعقود عليه الذى عهد إلى الأجير المشترك أداؤه بمعنى أن القيام به هو التزام هذا الأجير ،مقابل التزام المستاجر بدفع الأجرة (٩).

والعمل بهذا الوصف ،يجب أن يكون معلوما ،بأن يكون معينا بالعقد - كما وكيفا - تعيينا نافيا للجهالة المفضية إلى النزاع بين الأطراف ،وذلك كالنجار يعرف عدد القطع المطلوب عملها ،وشكلها والخشب الذى يجب أن تصنع منه . والفنان يعرف عدد اللوح المتعاقد عليها ،والمعانى المراد التعبير عنها ، وأبعادها ،ومقاول البناء يعرف تماما ما سيقوم بتشييده كما : من حيث عدد الطوابق وعدد الشقق فى كل طابق ،وعدد الغرف فى كل شقة ومدى سمك الجدران والأعمدة . وكيفا : من حيث صفة المواد المستعملة فى البناء والألوان التى يطلى بها واتجاهه بالنسبة للشمس والهواء وهكذا (١٠)

وتعيين المدة ليس بلازم فى تعيين العمل فى عقد الأجير المشترك . ذلك أن العمل فيه يكون معلوما ببيان محله ،لأن المعقود

---

(٨) أحمد أبو الفتح : المرجع السابق . ص ٤٠٩.

(٩) حاشية ابن عابدين ج ٥ باب ضمان الأجير المشترك ص ٤٢ .

(١٠) إحياء علوم الدين : للإمام أبى حامد الغزالى ج ٢ ص٦٢ مع اختلاف فى الأمثلة يقتضيه اختلاف العصر .

المبسوط ،للسرخسى " باب إجارة البناء" ص ٥٠ وما بعدها .

الفاحشة المفضية إلى النزاع بين الأطراف . دليل ذلك مارواه أبو هريرة وأبو سعيد رضى الله عنهما ،أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : .... ومن استاجر أجيرا فليعلمه أجره " وهو حديث مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول . ففيه دليل إعلام الأجر،منعا للجهالة المفضية إلى نزاع [14].

وقد أورد الأستاذ أحمد أبو الفتح [15] أن بيان الأجرة يكون بأحد الأمور الآتية :

أولا : تسمية الأجرة يوميا ،ولو لم يبين مقدار العمل الذى يعمله فيه .

ثانيا: تسمية أجرة كل ذراع أو متر ،أو كل قطعة ونحوها إن كان المصنوع من المقدرات .

ثالثا: تسمية أجرة جميع العمل ،سواء كان العمل المصنوع من المقدرات أو من غيرها مع بيان مقدار العمل ،طولا ،وعرضا،وعمقا.

هذا عن إعلام الأجرة ،وجوبه ،وكيفيته . أما عن استحقاقها فالأصل فيه أنها لا تستحق إلا بتمام العمل - باعتباره موجبها - على الصفة المشروطة أو المعروفة .

حتى أننا رأينا قبل قليل ،أن صاحب الهداية عرف الأجير المشترك ،بأنه " من لايستحق الأجرة حتى يعمل "[16] ودليل ذلك

---

(١٤) المبسوط : للسرخسى - كتاب الاجارات ص ٢٧٥ ،٧٦ .

(١٥) أحمد أبو الفتح : المرجع السابق ،ص ٤١١ - ٤١٢ ،مرشد الحيران : فصل الأجير المشترك م ٦٠٢ منه .

(١٦) انظر هامش ٣ أعلاه .

ما سبق أن سقناه ،مما رواه أبو هريرة وأبو سعيد ،رضى الله عنهما ،من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " ومن استاجر أجيرا فليعلمه أجره "ففيه إشارة إلى أنه لايجب تسليم الأجر بنفس العقد لأنه أمر بالإعلام ،ولو كان التسليم يجب بنفس العقد ،لكان الأولى أن يقول : فليؤده أجره (١٧).

وكذلك : ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " ففيه أمر بالمسارعة إلى أداء الأجر ،وجعل أول أوقات المسارعة ،ما بعد الفراغ من العمل وقبل جفوف العرق ،فدل على أن أول وقت وجوبها هذا (١٨).

هذا عن الاستحقاق ووقته ، أما عن كيفيته : فإذا كان الأجير يشتغل فى غير دار المستأجر ،فلا يستحق الأجرة إلا إذا أتم العمل كله ،على الصورة المتفق عليها ،وإذا كان يشتغل فى دار المستاجر استحق أجرة كل جزء يتم عمله على الصفات المشروطة ،لاعتبار المستاجر قابضا له حكما ،فتتحقق المساواة بين المتعاقدين ،باستحقاق أجرته ويترتب على اعتبار العمل مقبوضا ،أنه إذا هلكت العين بعد تمام صنعها فى دار المستاجر استحق الأجير الأجرة ولا ضمان عليه (١٩).

هذا إذا لم تكن الأجرة مقيدة بشروط ،فإن كانت مقيدة بها ،وكان العقد منجزا اتبعت الشروط ،ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط تعجيل الأجرة صح الشرط ،وكان للأجير أن يمتنع عن العمل حتى يستوفيها ،وإن كانت مؤجلة أو منجمة ،فلا يستحق شئ منها إلا عند حلول الأجل ،ولو أتم العمل قبله ،إعمالا للشرط (٢٠) إذ المسلمين عند شروطهم إلاشرطا أحل حراما ،أو حرم حلالا .

---

(١٧) المبسوط : للسرخسى : الهامش السابق ٤٤ أعلاه .
(١٨) انظر الهامش السابق .
(١٩) أحمد ابو الفتح : المرجع السابق ، ص ٤١٠ ،مرشدالحيران فصل الأجير المشترك - م ٦١١ منه .
(٢٠) أحمد أبو الفتح : المرجع السابق ص ٤١٠ .

أما ضمان الأجرة فالأمر على حالين : فإما أن يكون للعامل فى العمل أثر ظاهر ،أو لا ٠ وإما أن تكون الأجرة حالة أومؤجلة فإن كان للعامل أثر ظاهر فى العين كالنجارة والحدادة،وكانت الأجرة حالة ،جاز للعامل حبس العين عن صاحبها ،حتى يستوفىأجرته ويترتب على ذلك : أنه إذا هلكت العين عنده بدون تعد منه فلا ضمان عليه ،ولا أجر له ،وإن كانت الأجرة مؤجلة فليس له حق حبس العين ،فإن حبسها فهلكت فعلية الضمان (٢١).

وإذاكان العامل لا أثر له ظاهرا فى العمل ،كالحمل ونحوه فليس له حق حبس العين لاستيفاء الأجرة ٠ سواء كانت حالة أممؤجلة فإن حبسها وتلفت ضمن قيمتها ،وكان صاحبها بالخيار من أن يضمنه قيمتها ،محمولة وعليه أجرة الحمل ،وبين أن يضمنه إياهاغير محمولة ولا أجرة عليه (٢٢).

ضمان الأجير المشترك

لامحل بداهة للحديث عن الضمان فى عقد الاستصناع٠ إذالصانع هو الذى يقدم مادة العمل من عنده ،فلا حاجة لضمانها منه ،وإنما كان الحديث عن الضمان فى حالة الأجير المشترك ،حيث يقدم رب العمل - بمقتضى العقد - المادة التى سيقوم العامل فيها بالعمل وكذلك ما قد يلزمه من مواد أو أدوات أخرى ،أو نماذج تساعده فى أداء ما وكل إليه من عمل ،ولذلك وجب الحديث عن ضمان هذا كله لمعرفة حكمه (٢٣).

---

(٢١) شرح العناية : للبابرتى على هامش فتح القدير٠سالف الذكر ص ١٢٥ أحمد أبو الفتح ٠ المرجع السابق ص ٤١٤٠ مرشد الحيران ٠ فصل الأجير المشترك م ٦١٤منه ٠

(٢٢) أحمد أبو الفتح : الهامش السابق ،مرشد الحيران ٠ نفس الموضع م٦١٥ ٠

(٢٣) الشيخ على الخفيف : الضمان فى الفقه الإسلامى - القسم الأول ٠ ط ١٩٧١ ص ١٨٤ وما بعدها ٠

وفى بيان أحكام ضمان الأجير المشترك ،فرق الفقهاء المسلمون بينما إذا كان الهلاك أو التلف قد جاء بفعل من الأجير المشترك ،أو بغير فعل منه . فإذا كانت الأولى ،فالضمان عليه بالاتفاق . سواء كان ذلك الفعل تعديا منه ،كأن يكون قد بدده أو أفسده ،أو نتيجة تقصيره وإهماله ،بأن يكون قد قصر فى حفظه ،أو أهمل فى العناية به ،العناية التى يقتضيها الحال (٢٤).

أما إذا كان الهلاك أو التلف غير راجع إلى فعل من الأجير المشترك . كسرقة أو غصب أو غرق أو حريق . فقد فرق الفقهاء بين ما إذا كان السبب لايمكن الاحتراز منه أو يستحيل دفعه . وبين ما إذا كان عكس ذلك . ففى الحالة الأولى : حيث يكون السبب غرق غالب أو حريق غالب ،أو غارة مفاجئة أو لصوص مكابرون ،أو سيل جارف فلا ضمان عليه بالاتفاق بين الفقهاء (٢٥).

أما فى الحالة الثانية : حيث يكون الحدث المسبب للهلاك أو التلف مما يمكن توقعه أو دفعه كضياع بسرقة ،أو تلف بسقوط فقد ذهب الإمام أبوحنيفة وزفر والحسن بن زياد والإمام الشافعى فى أظهر قوليه ،إلى أنه لايضمن ،لأن العين أمانة عنده ،لأنه قبضها بإذن المالك لمنفعته وهى إقامة العمل فيها له (٢٦) ،ولم يفرق

---

(٢٤) المبسوط : للسرخسى ،سابق الإشارة ص ٨٠ ،الكواكبى : المرجع السابق ج ٢ ص ٨٤ . الخرشى على مختصر خليل : سابق الإشارة ج ٧ ص ٢٧ ،م ٦١٣ من مرشيد الحيران .
أحمد أبو الفتح : المرجع السابق - ص ٤١٠ . الشيخ على الخفيف الهامش السابق . حسين حامد حسان : نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى . رسالة . ط ١٩٧١ ص ١٢٩ وما بعدها .

(٢٥) مجمع الضمانات : للبغدادى . ص ٣٧ - ٣٨ ،فتح القدير شرح الهداية ،للكمال بن الهمام ص ١٢٢ ،م ٦١٣ من مرشد الحيران ص ١١٦ ،عيسى عبده : العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة . بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامى ،المنعقد بمدينة الرياض فى ذى القعدة ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦م ط ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ص ١٠٨ .

(٢٦) البدائع : للكاسانى ج ٥ ص ٤ ،درر الحكام . لمنلاخسرو ص ٢٣٥ ،أحمد ابو الفتح : السابق ص ٤١٠ .

هؤلاء ،رحمهم الله ،بين أن يكون ذلك المال ،محلا لعمله أوليس كذلك ،ولكن يتطلب العمل وجوده تحت يده ،كنموذج يعمل على شاكلته وسواء أكان الإتلاف قبل بدء العمل ،أو فى أثنائه أو بعد انتهائه ويروى هذا القول عن عطاء وطاووس من كبار التابعين (٢٧).

هذا بينما ذهب مالك وأحمد والصاحبان (٢٨) إلى القول بضمانه لماهو محل لعمله من الأموال التى تحت يده ،فيده عليها يد ضمان لايد أمانة ،لأن الحفظ مستحق عليه إذ لايمكنه الوفاء بالتزامه إلابه وذلك لما روى أن عمرا وعليا رضى الله عنهما ،كانا يضمنان الأجير المشترك ،وقال عمر رضى الله عنه ،إنه لايصلح حال الناس إلا هذا (٢٩)،وهو الذى عليه الفتوى ،وذلك لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم ،وحفظها ،لأنه إذا علم أنه لايضمن ربما يدعى أنه سرق ،أو ضاع من يده (٣٠). فتوجد بذلك الذريعة الى تبديد أموال الناس ،وأكلها بالباطل فيما بينهم ،وهذا يحرم بين المسلمين ،لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " (٣١) وجاء فى الأثر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال فيما معناه إنه لايحل لمسلم أكل مال أخيه ،إلا بطيب من نفسه

---

(٢٧) حاشية ابن عابدين : رد المختار على الدر المختار جـ٥ ص ٤٢ ،وقال وهو القياس ،والشيخ على الخفيف ٠ المرجع السابق ص ١٨٥٠

(٢٨) وهو ما روى عن عبد الله بن عقبة ،وشريح ،وهو قول آخر للشافعى رحمه الله ،وانظر الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٨٥٠

(٢٩) المبسوط : للسرخسى ٠ الموضع السابق ص ٨٠ ،نتائج الأفكار ،فى كشف الرموز والأسرار تكملة فتح القدير - لقاضى زاده ص ١٢٢ ،حسين حامد حسان : رسالته السابقة ٠ ص ١٣٢ ٠

(٣٠) المرغينانى : فى الهداية شرح البداية ص ٢٤٤ ،حاشية ابن عابدين : سابق الاشارة ص ٤٢ نقلا عن الخيرية والتبيين والمحيط والتتمة ٠ وقال : وهو استحسان إذ القياس ماقال به الإمام الخرشى : على مختصر خليل ٠ ص ٢٧ ،وانظر المادة ٦١٣ من مرشد الحيران ص ١١٦٠

(٣١) الاية ٢٩ من سورة النساء ٠

ولأن الهلاك أو التلف بسبب يمكن الاحتراز منه دليل التقصير والإهمال فوجب الضمان لذلك ،لأن المرء لايعذر بتقصيره .

هذا وتجدر الإشارة فى هذا المقام ،إلى أن أستاذنا الدكتور حسين حامد حسان ،كان قد ذهب فى رسالته (٣٣) إلى أن هناك اتجاها ثالثا نسبه فضيلته إلى القاضى شريح وابن أبى ليلى ،رحمهما الله، مؤداه " أن الصانع أو الأجير المشترك ،ضامن لما تسلمه من السلع وأن هناك قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ،على أن كل ما ضاع أو هلك ،فهو بتقصيره فلا يسمح له والحال كذلك بإثبات أن التلف أو الهلاك أو الضياع لم يكن بسبب من جانبه ،بل كان بسبب لايد له فيه ،كاحتراق بيته ،وغير ذلك " وسنده فى ذلك ،ماجاء فى الأم "وقد ذهب إلى تضمين القصار شريح ،فضمن قصارا ، احترق بيته ،فقال تضمننى وقد احترق بيتى ؟ فقال شريح : أرأيت لو احترق بيته كنت تترك له أجرتك ؟ قال الشافعى ،رحمه الله تعالى ،أخبرنا عنه ابن عيينه بهذا (٣٤) " ولم يأت أستاذنا بمثله بالنسبة لابن أبى ليلى رحمه الله .

ولنا أن نقول : ان ما نقله أستاذنا عن الأم ليس بقاطع فى الدلالة على ما استخلصه منه فضيلته ،من القول بأن شريحا وابن أبى ليلى كانا يضمنان الصانع والأجير المشترك بناء على قرينة لاتقبل إثبات العكس مطلقا . وليس فيه ما يقطع بأن شريحا رحمه الله لم ير تقصيرا أو إهمالا من جانب القصار ،تسبب فى حريق بيته ،أوحتى فى حريق ثوب عميله . بمعنى أنه لم يقتنع بأن الحريق كان غالبا بحيث لايمكن التحرز منه ،فيكون بذلك سببا أجنبيا تبرأ به ساحة القصار من الضمان .

---

(٣٣) نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى : سابق الإشارة صفحة ١٣٠ وما بعدها .

(٣٤) الأم : للإمام الشافعى ج ٧ ص ٨٧ ،
الطبعة الأولى ،المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٥ هـ .

ولقد جاء فى المبسوط لشمس الأئمة السرخسى ،بأن أبايوسف ومحمدا - رحمهما الله - أخذا بقول شريح فى تضمين الأجير المشترك وقد رأينا قولهما فيه.

وجاء فيه أيضا ،وبنفس الصحيفة ،أن شريحا،رحمه الله ،كان يضمن الملاح - وهو أجير مشترك - كل شئ إلا الغرق والحرق . ويقول صاحب المبسوط " وقد بينا أن مذهب شريح ،رحمه الله ،أن الأجير المشترك ضامن ،إلا مالا يمكن التحرز عنه ،والذى لايمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الغرق الغالب (٣٥).

وجاء فيه أيضا " وكان ابن أبى ليلى رحمه الله ،يضمن الأجير المشترك ،ولكنه كان يقول ،لاضمان على الملاح فى الماء،خاصة وإن غرقت السفينة من مده ،لأن الغرق غالب لايمكن الاحتراز عنه ،فهو كالحرق الغالب ،والغارة الغالبة (٣٦). وهذا هو مذهب ابن أبى ليلى أيضا ، لايخرج عن مذهب شريح ،وهو ما أخذ به الصاحبان بعد ذلك كما ذكرنا حالا . وأعتقد أن هذا نص فى مذهبهما ،على خلاف ماجاء بالأم فإنه يقبل التأويل .

هذا بالإضافة إلى أن الذهاب فى هذا الاتجاه يجافى روح الشريعة السمحة ،التى تعبر عنها أصدق تعبير الآيات القرآنية الآتية " ألا تزر وازرة وزر أخرى ،وأن ليس للإنسان إلا ما سعى" (٣٧) و " لايكلف الله نفسا إلا وسعها ،لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت " (٣٨).

كما لا تقتضيه الحاجة ،التى هى أساس القول بجواز تضمين الأجير المشترك حيث يغالى فى مسئولية الصناع والأجراء العاملين بتحميلهم تبعة عمل ليس منهم ،وليس فى وسعهم توقعه أو دفعه

---

(٣٥) المبسوط : للسرخسى ،ص ٨٠ ، ٨١ .

(٣٦) المبسوط : الهامش السابق .

(٣٧) الآيتان ٣٨ ، ٣٩ من سورة النجم .

(٣٨) الآية ٢٨٦ من سورة البقرة .

مما يدفع بهم إلى شدة الخوف فى عملهم ،من سيف المسئولية المسلط عليهم ،جنت أيديهم أم جنت الطبيعة عليهم ،الأمر الذى يأتى بعكس المقصود الشرعى من قضاء حاجات العباد .

لذلك فإننا نميل إلى ما ذهب إليه مالك وأحمد والصاحبان من القول بتضمين الأجير المشترك ،حيث يكون سبب الهلاك أو الإتلاف غير آت منه ،وإنما كان يمكنه الاحتراز منه أو دفعه ،وذلك لما ذكر من أسباب دعت إليه ،تناسب كل المناسبة العصر الذى نعيشه .

ولقد ذهب بعض متأخرى الحنفية - بناء على ماروى عن اختلاف الصحابة والتابعين فى هذه المسألة ،من قائل بالتضمين ،وقائل بعدمه-مذهبا وسطا: مقتضاه إ الصلح بين المتخاصمين ،على نصف القيمة ،وذلك توفيقا بين الآراء المختلفة ،واحتشاما لأقوال الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم أجمعين .

ولقد ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى القول بالصلح مطلقا بينما فصل البعض الآخر المسألة ،تفصيلا قوامه النظر فى صلاح الأجير المشترك من عدمه ،على ثلاثة وجوه : فإن كان ظاهر الصلاح فلا ضمان وإن كان ظاهر الفساد ضمن ،أما إن كان مستور الحال ،فالصلح على نصف القيمة .

واختلف فى الجبر عليه . والراجح فى المذهب ،القول بالجبر باعتبار أن الإجارة عقد يجرى فيها الجبر بقاء لا ابتداء ، بدليل أن من استاجر دابة أو سفينة مدة معلومة وانقضت مدتها قبل الوصول إلى غايتها ،بقيت الإجارة جبرا ،حتى بلوغ الغاية (٣٩).

---

(٣٩) انظر فى الاتجاه القائل بالصلح وتفصيلاته : حاشية الشرنبلالى على درر الحكام . لمنلاخسرو ،ص ٢٣٥،حاشية ابن عابدين : رد المحتار ج٥ ص ٤٢ ، ٤٣ ،حاشية سيدى جلبى على تكملة فتح القدير لقاضى زادة ص١٢٣. أحمد أبو الفتح : المرجع السابق ،ص ٤١١.

ولقد قال ابن عابدين " أن هذه أربعة أقوال في المذهب كلها مصححة ومفتى بها وما أحسن التفصيل الأخير[٤٠]" وعلى ذلك فالقاضي بالخيار فيما بينها تبعا لما تقتضيه ظروف الحادثة المعروضة عليه [٤١].

شروط الضمان

وقد اختلف المالكية والحنفية في الشروط اللازمة لضمان الأجير المشترك ،فقد جاء في الخرشي على مختصر خليل [٤٢] أنه " يشترط لضمان الصانع شروط :

١) أن ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس .

٢) أن يغيب على الذات المصنوعة ،أما إن لم يغيب عليها بأن عملها في بيت ربها ،ولو غائبا ،أو بحضرته ولو في غير بيته فلا ضمان .

٣) أن يكون مصنوعه مما يغاب عليه ،أما لو دفع شخص غلامه إلى من يعلمه ،وقد نصب نفسه لذلك وغاب عليه ، وادعى هروبه لم يكن عليه ضمان .

٤) أن لايكون في الصنعة تغرير . فإن كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤ ونحوه فلا ضمان عليه " .

---

(٤٠) حاشية ابن عابدين : ص ٤٢.

(٤١) الشيخ على الخفيف : المرجع السابق ص ١٨٧.

(٤٢) الخرشي : على مختصر خليل .ص ٢٨ ، الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٨٦ حيث اكتفى ، فضيلته بذكر شرطين فقط نرى أنهما هما الجوهريان .

أما الحنفية : فقد ذكر البغدادى فى مجمع الضمانات ، وابن عابدين فى حاشيته على الدر أن الأجير المشترك ، إنما يضمن ما جنت يده بشرائط ثلاث : (٤٣).

١) أن يكون فى وسعه دفع ذلك الفساد ، حتى لو غرقت السفينة من موج أو جبل صدعها ، أو زلق الحمال إذا زاحمه الناس وانكسر الحمل فلا ضمان .

٢) أن يكون محل عمله مسلما إليه بالتخلية ، حتى لو كان صاحب المتاع ، أو وكيله معه فلا ضمان .

٣) أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد ، فلا يضمن بنى آدم ، لأن ضمان الآدمى لا يجب بالعقد ، بل يجب بالجناية .

وبالنظر فى هذه الشروط وتلك ، يتضح أن المالكية والأحناف قد اتفقوا على شرطى التخلية ، والمالية ، إلا أنهما ، فى رأينا قد أغفلا شرطا ، لا يقل أهمية عما أوردوه ، وهو أن نكون بصدد إجارة صحيحة ، إذ الإجارة الفاسدة لا ضمان فيها اتفاقا ، لأن العين حينئذ تكون أمانة فى يده ، لكون المعقود عليه ، وهو المنفعة ، مضمونة بأجر المثل ، وقد وضعت اليد فيها بإذن المالك ، ولم يكن الناس فى حاجة إليها ، كحاجتهم إلى الإجارة الصحيحة (٤٤).

وعلى أية حال ، فان الأجير المشترك ، إنما يضمن الشىء الذى تلف عنده ، بقيمته يوم دفعه ربه إليه ليعمل فيه (٤٥) وهذا صريح

---

(٤٣) مجمع الضمانات : للبغدادى ص ٣٨ ، حاشية ابن عابدين على الدر ، جـ ٥ ، ص ٤٩ .

(٤٤) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٢ ، الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ١٨٧.

(٤٥) الشيخ على الخفيف . المرجع السابق ص ١٨٦.

فى عدم لزوم الأجرة ،لأنه ضمن قيمتها يوم قضبها غير مصنوعة (٤٦)

هذه هى أحكام الأجير المشترك فى الفقه الإسلامى ،حيث يقدم العامل العمل فقط ،بينما يقدم رب العمل ،مادة الصنع ،وذلك بالمقابلة لعقد الاستصناع الذى يلتزم فيه العامل بتقديم العمل والمادة معا ،والذى سبق بيان أحكامه فى الفرع الأول .

***

(٤٦) الخرشى : على مختصر خليل، ص ٢٨.

الفرع الثالث

مقارنة بين عقد المقاولة بالمفهوم المعاصر وصورتيه في الفقه الإسلامي

رأينا فى الفرعين السابقين ،أن الفقه الإسلامى ،قد عرف ما يسمى بعقد الاستصناع ،حيث يقدم العامل المادة والعمل معا ،كما عرف أيضا ما يسمى بعقد الأجير المشترك ،وهو ما اقتصر دوره على العمل دون المادة ،كما عرفنا أيضا أقوال الفقهاء المسلمين فى مسألة تضمين الأجير المشترك .

وأول ملاحظ فى هذا المقام ،أن فقهاء المسلمين قد عالجوا عقد الاستصناع باعتباره نوعا من البيع الذى يرد على مستصنع فى الذمة ،ولذلك أدرجوه ضمن صور البيع فى مصنفاتهم[٤٧] كما أنهم قد عالجوا أحكام الأجير المشترك ،ضمن صور الإجارة [٤٨] باعتباره نوعا من الإجارة التى ترد على العمل . يقوم به شخص معين ،لشخص أو لأشخاص غير معينين بذواتهم ،تماما كما رأينا فى قانون حمورابى[٤٩] والقانون الرومانى [٥٠]،من قبل ،والذى لازال مستمرا حتى عصرنا الحاضر فى القانون الفرنسى [٥١].

---

(٤٧) انظر فى ذلك المراجع الفقهية المشار إليها بهوامش الفرعين السابقين بإشاراتها .

(٤٨) انظر فى ذلك أيضا المراجع الفقهية المشار إليها بهوامش الفرعين السابقين بإشاراتها

(٤٩) انظر ،فيما سبق ،ص ٢٤ - ٢٦

(٥٠) انظر ،فيما سبق ،ص ٢٧ - ٢٩

(٥١) انظر ،فيما سبق ،ص ٢٦ - ٣٠

أما القانون المدنى المصرى الجديد ،فلم يذهب هذا المذهب لا من حيث التفرقة بين عقد الاستصناع وعقد الأجير المشترك ،فقد جمع بينهما فيما أسماه بعقد المقاولة ،ولا من حيث الموقع ،فقد عالج أحكام هذا العقد - بهذا المسمى الجديد - فى الباب الثالث منه ،والذى خصصه للعقود الواردة على العمل ،وذلك ضمن الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماه ،وبذلك نجد أن القانون المدنى المصرى الجديد ،قد غلب جانب العمل على ما عداه فى عقد المقاولة فجعله من العقود الواردة على العمل .

وقد سبق أن رأينا أن هذا هو قول أبى سعيد البردعى من فقهاء الحنفية ،حيث كان يقول " بأن عقد الاستصناع عقد يرد على العمل لا على العين ،لأن الاستصناع لغة هو طلب الصنع ،أى طلب العمل "(٥٢).

وهناك من ذهب مذهبا وسطا فقال " ان العقد لايرد على مجرد عين فقط ،وإنما عين شرط فيها العمل ،ذلك أن هذا النوع من العمل اختص بإسم ،فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الإسم والاستصناع استفعال من الصنع ،فعرفنا أن العمل مشروط فيه (٥٣).

هاتان الصورتان اللتان تضمنهما الفقه الإسلامى ،لعقد المقاولة بمفهومه الحديث ،هما اللتان أشارت إليهما المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المصرى الجديد ،فى تعريفها لعقد المقاولة ،بأنه العقد الذى يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر (٥٤).كما قد صرحت بهما المادة ٦٤٧من ذات القانون حيث نصت فى فقرتها الأولى على أنه " يجوز أن يقتصر المقاول على

---

(٥٢) انظر فيماسبق ص ٣٤ وهامش ١١ بها .

(٥٣) المبسوط : للسرخسى " باب:الرجل يستصنع الشئ ص ٨٥.

(٥٤) وقارن المادة ١٧١٠ مدنى فرنسى .

وانظر فيما يأتى ص ٨٢ ،٨٤ .

التعهد بتقديم عمله ،على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله " وهذه هي صورة الأجير المشترك في الفقه الإسلامي ،كما نصت في الفقرة الثانية منها على أنه "يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا (٥٥) وهذه هي صورة عقد الاستصناع كما عرفها الفقه الإسلامي .

هذا وسنرى فيما بعد كيف أن الفقه الحديث قد ذهب مذاهب شتى في تكييفه لعقد الاستصناع (٥٦) تماما كما فعل الفقهاء المسلمون قبل ذلك ،فقد رأينا أن منهم من قال بأنه عقد بيع يرد على مبيع مصنوع في الذمة (٥٧) واعترض عليه بأنه لو كان بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين ،ولكنه يبطل بموت أحدهما (٥٨) ومنهم من ذهب إلى أنه وعد بالبيع وليس بيعا (٥٩) . ولكن يرد على ذلك بأن محمد ابن الحسن ،رحمه الله ،ذكر في جوازه القياس والاستحسان ،وذلك لايكون في العدات ،وكذا يثبت فيه خيار الرؤية ،وهذا يختص بالبياعات ،كما أنه مما يجرى فيه التقاضي،وأن ما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود (٦٠) . وهناك من قال فيه بالشبهين : شبه بالإجارة ،من حيث إن فيه طلب الصنع ،وشبه بالبيع ،من حيث إن المقصود منه هو العين المصنوعة (٦١) ومن ثم فهو إجارة ابتداء وبيع انتهاء.

---

(٥٥) قارن المادة ١٧٨٧ مدني فرنسي . وانظر، فيما يأتي، ص ١٠٧ وما بعدها .

(٥٦) راجع، فيما يأتي، من ص ١٠٩ : ١٢٨.

(٥٧) راجع، فيما سبق، ص ٣٣ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيها .

(٥٨) الهامش السابق وانظر أيضا السنهوري : في مصادر الحق في الفقه الإسلامي . سابق الإشارة ج ٣ ص ٧٨ .

(٥٩) راجع، فيما سبق، ص ٣٥ هامش ١٦ بها والمراجع المشار إليها فيه.

(٦٠) بدائع الصنائع : للكاساني ج ٥ ص ٢٠٩٢ والمادة ٢١٤ من المشروع ومذكرتها الإيضاحية .

(٦١) انظر، فيما سبق، ص ٣٦ وهامش ١٠ بها والمراجع المشار إليها فيه ،

السنهوري : في مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٣ ص ٧٨ .

والمقاولة عقد ملزم للجانبين فى القانون المدنى المصرى وكذا الفرنسى ،وهذا موافق لرأى أبى يوسف ،كما سبق أن رأينا ، إذ أنه لم يجعل لأى من المتعاقدين الخيار ،متى عرض المصنوع على المستصنع ،وكان على الصورة المشروطة أو المتعارفة .(٦٢).

ومع ذلك فقد نصت المادة ٦٦٣ مدنى مصرى على أن " لرب العمل أن يتحلل من العقد ،ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل " فهذه المادة تجعل من حق رب العمل - دون المقاول - التحلل بإرادته المنفردة ،من عقد المقاولة ،لأى سبب يراه ،بشرط أن يكون ذلك قبل أن يتم المقاول العمل ،وإلا يكون هناك اتفاق بين الأطراف يقضى بغير ذلك ،شريطة أن يعوض رب العمل المقاول عما تكبده من النفقات وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل .

وهذا النص يتفق مع ما أجمع عليه الفقهاء المسلمون من عدم لزوم العقد فى جانب المستصنع مادام لم ير المصنوع بعد ،لأنه مشترى مالم يره فله الخيار (٦٣) ،كما أنه يتفق مع الرأى القائل فى الفقه الإسلامى بلزوم العقد فى جانب الصانع ، حتى أنهم قالوا: إنه يجبر على أداء العمل ،حتى تندفع الحاجة إلى المستصنع ،والتى هى أساس جواز عقد الاستصناع (٦٤) ،وهذا ما رضيه الزيلعى ،رحمه الله وقال:" إنه الصحيح " كما رأينا .

---

(٦٢) انظر صفحة ٣٨ وما بعدها ،فيما سبق، وكذلك هامش ٢٧ ، ٢٨ ص ٣٩ والمراجع المشار إليها فيها .

وانظر أيضا ،الضرير فى رسالته سابقة الذكر ص ٤٦٠ وما بعدها .

(٦٣) انظر ص٣٨: ٣٩ فيما سبق، والمراجع المشار إليها فى هامش ٢٣ ، ٢٧ ، ٢٨ بهما .

(٦٤) الهامش السابق وكذا المراجع المشار إليها فى هامش ٢٥ بها .

ولكن المشرع المصرى لم يهدر بهذا النص ، مصلحة أى من أطراف العقد ،بل وازن بين تلك المصالح موازنة يقتضيها العدل ويتطلبها الصالح العام ؛ ذلك أن المشرع المصرى وإن كان قد أعطى رب العمل حق التحلل من العقد ،وإيقاف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمام العمل ،إلا أنه ألزمه بأن يعوض المقاول عن كل ما تكبده من المصروفات ،ومافاته من كسب لو أنه أتم العمل ،ومن ذلك يتضح لنا أن القانون المدنى المصرى الجديد لم يأخذ بمطلق اللزوم فى جانب رب العمل ،ولذلك أباح له أن يتحلل من العقد قبل إتمام التنفيذ وذلك لمصلحة قدرها المشرع ،كما أنه لم يمنحه مطلق الحق فى الخيار فألزمه بالتعويض ،وذلك تحقيقا لمصلحة المقاول ،ودفعا للمضرة عنه وهذا أمر يتحقق بالتعويض الذى سيحصل عليه .

وعلى ذلك فلا نرى محلا للنعى على القانون المدنى المصرى الجديد بأنه غلب جانب رب العمل على جانب المقاول ،بأن جعل لرب العمل حق مطالبة المقاول - حال امتناعه عن التنفيذ - بالتنفيذ العينى ،أو بالتعويض ،بينما لم يعط المقاول - حال تحلل رب العمل من العقد - سوى الحق فى التعويض (٦٥).

وإذا كانت الخاصية المميزة لعقد المقاولة فى القوانين المعاصرة ،هى استقلال المقاول فى أدائه لعمله دون خضوع من جانبه لرب العمل ،فى تنظيم أو تنفيذ الصفقة ،فإن هذه الخاصية نجدها أيضا فى كل من عقدى الاستصناع والأجير المشترك ،فى الفقه الإسلامى ففى عقد الاستصناع ،يقوم الصانع بعمل الشئ فى داره ،أو فى المحل الذى أعده لذلك ،بعيدا عن رب العمل ، الذى لايباشر عليه أية سلطة فى مباشرته لعمله . وكذا فى حالة الأجير المشترك ،فهو يؤدى العمل المنوط به فى استقلال تام عن رب العمل ،سواء أداه فى دار هذا الأخير ،أو بعيدا عنه ،وسواء كان رب العمل معه حال تأديته العمل أو فى غيبته عنه .

---

(٦٥) الضرير : فى رسالته سابقة الذكر ص ٤٦١ .

ولا يفهم من اشتراط تغيب الصفقة عن رب العمل ،حتى يقضى بتضمين الأجير المشترك ،أن وجود رب العمل معه يجعله بمنزلة الأجير الخاص ، الذى يخضع لإشراف رب العمل ،وتوجيهه . كما هو الشأن مع العامل بعقد العمل اليوم ،وإنما قصد من ذلك اعتبار رب العمل فقط قابضا للشئ محل العمل حكما ،إذ يتم العمل فى بيته أو ، أن يكون على ظهر السفينة التى تنقل متاعه ،وذلك حتى ينتفى الضمان عن الأجير المشترك .

أما بقية خصائص عقد المقاولة بمفهومه المعاصر ،من رضائية وعوضية ،وكونه يرد على عمل مادى ،فكلهاخصائص ثابته فى جانب كل من عقد الاستصناع والأجير المشترك ،وليست فى حاجة إلى بيان .

***

المبحث الثالث .

الاهمية المعاصرة لعقد المقاولة ومكانه فى القانون المدنى المعاصر

نعالج هذا المبحث فى فرعين، بينما نجعل الأول لبيان الأهمية المعاصرة لعقد المقاولة نخص الثانى لبيان مكانه فى القانون المدنى المعاصر (المصرى والفرنسى)

الفرع الأول

الأهمية المعاصرة لعقد المقاولة

القانون ظل الحياه ولازمها يرتبط بها وجودا وعدما ،فهو المنظم لروابطها ،الضابط لأنماط السلوك بها ،وهو الذى تستهدى به سفينتها وهى تسير فى محيط لجى يغشاه موج ،من فوقه موج ،من فوقه سحاب ،لتصل بسلامة وأمان إلى بر النجاة .

والحياة دائما متغيرة متطورة ،فهذه سمتها ،وتلك سنتهاالتى لاتبديل لها ،فهى مخلوق من خلق الله أرادها كذلك ،ولا تبديل لخلق الله ،فإذا كان التغير هو ديدنها والتطور هو روحها ،لزم القانون أن يواكبها ،فيقاسمها هذا التغير ويشاطرها ذلك التطور، يسيران معا متلازمين وفى خطين متوازيين ،لايكاد أحدهما يتخلف عن صاحبه. فإذا ما وجد القانون نفسه قد تخلف عنها قيد أنمله هب صارخا ويحى لقد طال ثباتى ،واستمرت غفوتى ،حتى بعدت الشقة بينى وبين صاحبتى ،فلا بد من الجد فى السير والاجتهاد فى العمل حتى ألحق بها فيعود التواؤم ويعم الانسجام .

هذه هى حقيقة العلاقة ،التى لا انفصام لها بين القانون والحياة وهى ما نراها ماثلة قائمة بينها وبين عقد المقاولة ،يستحث السير ويجد الخطى لمواكبتها ،فنجده لذلك أصبح فى تطور مستمر كما وكيفا فبعد أن كان قديما يقتصر على تنظيم العلاقة بين مستصنع وصانع يعهد إليه بعمل ما [1] نجده فى عصرنا الحاضر يمتد ليتوغل فى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى : ج ٥ ص ٥٠

مختلف جوانب الحياة المعاصرة ،بحيث أصبحت العلاقة التى تربط المقاول برب العمل ،ليست مجرد علاقة صانع بمستصنع ،كما كان عليه الحال قديما ،بل غدت أشمل من ذلك وأبعد ،طبقا لشمول الاحتياجات المعاصرة وعمق مداها (٢).

والنتيجة اللازمة لذلك كله ،أن تتعدد الأعمال التى يمكن أن يرد عليها عقد المقاولة وتتنوع سواء بالنظر إلى طبيعتها ،أو من حيث حجمها ،أو منظورا إلى جنسها .

فأما بالنظر إلى طبيعتها : فقد ترد المقاولة على مجرد عمل لايتعلق بشئ معين وهو من هذا المنظور ،قد يكون عملا ماديا كنقل الأشخاص ،والطبع ،والنشر ،أو عملا فنيا ،كالرسم ،والنحت والنقش ،والتصوير ،والتمثيل ،أو عملا علميا كمرافعة المحامى عن موكله ،وعلاج الطبيب لمريضه ،وعمل المحاسب لعميله ،أو عملا أدبيا كالتأليف ،والمحاضرة ،والتدريس (٣).

وقد يكون العمل متصلا بشئ ،فيتنوع هذا العمل تبعا لوجود هذا الشئ من عدمه ، فإما ألا يكون الشئ موجودا وقت العقد ،فيوجده المقاول بمادة من عنده ،أو من عند رب العمل ،كحائك يخيط ثوبا بقماش من عنده ،أو من عند عميله ،والبناء يقيم البناء ،بمواد من عنده ،أو من عند رب العمل ،وإما أن يكون الشئ موجودا وقت العقد فيرد العقد عليه ،كبناء موجود يرممه المقاول ،أو يدخل عليه تعديلا ،أو يهدمه إذا لم يفلح فى علاجه ،وكحائط يدهنه ، أو أثاث يجدده ،أو سيارة يصلحها (٤).

---

(٢) الأستاذ الدكتور / محمد كامل مرسى (المرجع السابق) . بند ٥٦٦ ص ٤٧١ ،السنهورى : المرجع السابق : جـ ٧ ـ أ بند ٩ ص ٣١

(٣) السنهورى : الهامش السابق . الدورى : المرجع السابق ص٦

(٤) السنهورى : الهامش الأسبق رقم ٢ أعلاه ،الدورى : الهامش السابق ،عنبر : المرجع السابق فى المقدمة ص ٣ .

هذه أمثلة لما يمكن أن ترد عليه المقاولة من أعمال تختلف باختلاف طبيعتها .

أما إذا نظرنا إلى حجم الأعمال : فإننا نجدها تتفاوت من الصغير إلى الكبير تفاوتا كبيرا ،فقد ترد المقاولة على أعمال صغيرة ،أو متوسطة أو كبيرة : فهى قد تكون صنع حذاء أو حياكة ثوب أو أعمال نجارة أوسباكة ،أو حدادة ،أو من أعمال المهن الحرة كإلقاء محاضرة ،أو رفع دعوى ،أو معالجة مريض إلى غير ذلك من الأعمال الصغيرة ،التى يمكن أن تكون موضوعا لعقد مقاولة .

وقد تقع المقاولة على أعمال متوسطة : كبناء منزل صغير أو حفر بئر ،أوشق ترعة ،أو إقامة جسر ،وقد تقع على أعمال كبيرة عملاقة ،يقف العقل أمامها حائرا ،كيف تتم ،وهى على هذه الدرجة من الضخامة ،كإقامة ناطحة سحاب تناهز المائة طابق أو تزيد ،مما انتشر فى قرننا هذا ،أوإنشاء مترو يسير فى نفق محفور فى جوف الأرض ،لمسافات بعيدة مترامية الأطراف ،أو إقامة السدود والخزانات التى تحتجز وراءها بحيرات ضخمة من المياه لايكاد يلفها بصر.

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى يتضمن نصا فى هذا المعنى ،فكانت المادة ٨٦٥ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : " ١ - يرد العقد إما على مقاولات صغيرة ،أوعلى مقاولات كبيرة ،أو على مقاولات تتعلق بالمرافق العامة . ٢- ويقصد بالمقاولات الكبيرة مقاولات يكون محلها تشييد مبان ،أو منشآت ثابتة أخرى أو ما شابه ذلك من مشروعات ضخمة تقوم على الأرض " وقد قررت لجنة المراجعة حذف هذا النص لأنها رأت فيه "مجرد تعداد"(٥)

أما بالنظر إلى جنس الأعمال التى يمكن أن تكون محلا للمقاولة فهى تتعدد بتعدد الأجناس ،وتتباين بتباين الأنواع ،فهناك مقاولات

---

(٥) الأعمال التحضيرية : جـ ٥ ص ٩- ١٠ فى الهامش .
والسنهورى : المرجع السابق ،جـ ٧ - ١ ص ٣٢ .

البناء التى بلغت حدا من الانتشار ،بحيث تتبادر إلى الذهن مباشرة عند إطلاق كلمة " مقاولة " . وهناك التزام المرافق العامة ،وعقود الأشغال العامة ،ومقاولات النشر والنقل والإعلان ،ومقاولات المهن الحرة . فكل هذه أعمال يمكن أن تكون محلا لمقاولات . وكل نوع منها يتميز بخصائص ومميزات تعزله عن غيره من المقاولات الأخرى (٦).

***

---

(٦) انظر فى تفصيل كل ذلك :

السنهورى : المرجع السابق : بند ٩ ص ٣١ ، ٣٢ .

الدورى : المرجع السابق من ص ٥ - ٧ .

وعنبر : المرجع السابق . فى المقدمة ص ٣ ، ٤ .

الأساتذة مازو وجيجلار : دروس فى القانون المدنى ج ٣ - ٢ ط ٥ ١٩٨٠ بند ١٣٢٨ ص ٧٤١ .

ر. سافاتيه : مقال بعنوان " بيع الخدمات La vente de services " دالوز ١٩٧١ ص ٢٢٣ .

ب . يوبلى : عقد المقاولة - موسوعة دالوز ط ٢ ١٩٨١ القانون المدنى - عقد المقاولة contrat d'entreprise بند ٣-٧ ص ٤

الفرع الثانـى

موقع أحكام عقد المقاولة فى القانون المدنى المعاصر

نعرض لبيان موقع عقد المقاولة فى القانون المدنى المصرى ثم فى القانون المدنى الفرنسى على التوالى كل فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

موقع أحكام عقد المقاولة فى القانون المدنى المصرى

مر القانون المدنى عندنا فى مصر بمرحلتين متميزتين :

الأولى : وهى تبدأ بالعمل بالتقنين المدنى المختلط ،الصادر فى ٢٨ من يونيو ١٨٧٥م .

والتقنين المدنى الوطنى الصادر فى ٢٨ من اكتوبر ١٨٨٣م وتنتهى فى ١٤ من اكتوبر ١٩٤٩ م.

الثانية : وهى تبدأ بالعمل بالقانون المدنى الجديد اعتبارا من ١٥ من أكتوبر ١٩٤٩م[1] .

---

(١) الوقائع المصرية : عدد رقم ١٠٨ مكرر (١) صادر فى ٧/٢٩ / ١٩٤٨م .
انظر فى بيان ذلك بالتفصيل :
السنهورى : الوسيط : جـ ١ ط ٢ ١٩٦٤، ص ١٢ وما بعدها .

أولا : عقد المقاولة فى التقنين المدنى القديم

كان التقنين المدنى المصرى القديم - الوطنى منه والمختلط - يجمع بين عقد الإيجار وعقد العمل وعقد المقاولة تحت اسم "الإيجار" ثم سمى عقد الإيجار " بإجارة الأشياء " وعقد العمل " بإجارة الأشخاص " وعقد المقاولة " بإجارة أرباب الصنائع "(٢) وجمع بين عقدى الاستصناع والعمل فى باب واحد تحت مسمى" إيجار الأشخاص وأهل الصنائع " وذلك فى المواد من ٤٠١ / ٤٨٩ إلى ٤١٨ / ٥١٠ .(٣).

ثانيا : عقد المقاولة فى التقنين المدنى الجديد

رأى المشرع المصرى بثاقب بصره ،وهو يضع التقنين المدنى الجديد "أن التقنين المدنى القديم ،كان يسير على غرار التقنين المدنى الفرنسى ، ويورد القواعد التقليدية فى هذا العقد على اعتبار أنه عقد بين مستصنع وصانع ومركز الصانع بالنسبة إلى المستصنع يقرب كثيرا من مركز العامل بالنسبة إلى رب العمل ،ولم يعد هذا الوضع يتمشى مع مقتضيات التطور ،فقد تعددت أشكال المقاولة وصورها فى العمل ،ووجب أن يكون التنظيم التشريعى الجديد لهذا العقد متلائما مع التطور الذى وصل اليه " (٤).

---

(٢)راجع فى ذلك : شنب : المرجع السابق ،ص ١١ هامش ١ ، والسنهورى : الوسيط : المرجع السابق ج ٧ - ١ بند ١ ص ٦ وبند ١٠ ص ٣٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ - ص ٥ ومن ص ٧ الى ص ٦٧ شنب : الهامش السابق ،محمود جمال الدين زكى : عقد العمل فى القانون المصرى ط ٢ ١٩٨٢ بند ٢ ص ٢٠ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية : ج ٥ - ص ٥ - ٦ .

محمد كامل مرسى : المرجع السابق بند ٥٦٦ ص ٤٧١ .

السنهورى : الوسيط : المرجع السابق ج ٧ - ١ بند ١٠ ص ٣٢ و ص ٣٤ هامش ١ .

لذلك فقد فصل التقنين المدنى الجديد بين هذه العقود الثلاثة ، التى جمعها التقنين القديم تحت إسم " الإيجار " فنظم عقد الإيجار الذى ينصب على إجارة الأشياء فى الباب الخاص بالعقود الواردة على الانتفاع بالشىء ، بينما نظم عقدى المقاولة والعمل فى الباب الخاص بالعقود الواردة على العمل ، وفى نطاق هذا الباب خص الفصل الأول منه لأحكام عقد المقاولة والتزام المرافق العامة واختص الفصل الثانى بعقد العمل .

وهكذا استقر عقد المقاولة بأحكامه الجديدة بين دفتى القانون المدنى الجديد : فى الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثانى من القسم الأول من هذا القانون فى المواد من ٦٤٦ إلى ٦٦٧ . .

المطلب الثانى

موقع أحكام عقد المقاولة فى القانون المدنى الفرنسى

صدر تقنين نابليون عام ١٨٠٤ متأثرا إلى حد كبير بالقانون الرومانى فأبقى عقد المقاولة مختلطا بعقدى الإيجار والعمل ، كما كان عليه الحال فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم (١) فتحت عنوان عقد الإيجار Du contrat de louage نص فى المادة ١٧٠٨ على أنه يوجد نوعان من عقود الإيجار : إيجار الأشياء وإيجار الأعمال (٢) louage des choses et louage des ouvrages

كما نص فى المادة ١٧٧٩ منه ، تحت عنوان إيجار الأعمال والصنائع

---

(١) محمد كامل مرسى : المرجع السابق - بند ٥٦٦ ص ٤٧١ ، شنب : المرجع السابق ص ١١ هامش ١ ، السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ بند ١ ص ٦ وبند ١٠ ص ٣٢ ، ٣٣ ، الدورى : المرجع السابق ص ١٤ .

(٢) انظر فى تعريف كل من النوعين المادتين ١٧٠٩ ، ١٧١٠ من القانون المدنى الفرنسى ، وانظر ص ٨٢ هامش ٢ بها فيما يأتى .

على أن إيجار الأعمال يشمل : إيجار الأشخاص Louage de gens وإيجار الناقلين " voituriers " وإيجار مقاولي الأعمال " Entrepreneurs d'ouvrage " (٣).

ولقد نظم المشرع الفرنسي أحكام هذا النوع الأخير من الإيجار " إيجار مقاولي الأعمال " في المواد من ١٧٨٧ حتى ١٧٩٩ تحت عنوان: " Des devis et des marchés ".

وقد أخذ بعض الفقه الفرنسي على هذا التقسيم أنه غير دقيق (٤) في استعمال الاصطلاحات ،كما وأنه غير منطقي (٥) .

بهذا نكون قد انتهينا من هذا الفصل التمهيدي ، الذي خلصنا منه إلى أن عقد المقاولة – في مضمونه ومعناه على الأقل – قد لازم البشرية في رحلتها عبر تاريخها الطويل ،حتى بدا توأمها رفيق حياتها .

كما أوضحنا في هذا الفصل أيضا أن المسئولية الخاصة للمعماريين كانت دائما موضع عناية المشرعين ،حتى في أقدم التشريعات التي عرفتها البشرية (٦) ،وأن درجة العناية بها لم تقل منذ تلك التشريعات الموغلة في القدم حتى عصرنا الحاضر ،مما حدا بها إلى أن تكون مناط أحكام خاصة ، تتميز بها عن غيرها من أحكام المسئوليات

---

(٣) انظر في ذلك : بيدان وروديير : المرجع السابق بند ١٧٣ ص ١٨٧ بلانيول وريبر ور واست المرجع السابق . بند ٩٠٦ ص ١٣٩ ، الأساتذه مازو (هـ . ل . ج) وجيجلار المرجع السابق بند ١٣٢٨ ص ٧٤١

(٤) دي باج : المطول في القانون المدني البلجيكي ج ٤ المجلد الأول ط ٢ ١٩٥١ . بند ٨٣٨ ص ٨٤٩ ،شنب : المرجع السابق – ص ١١ هامش ١

(٥) بيدان وروديير: الهامش الأسبق .

(٦) انظر في ذلك ص ٢٤ وما بعدها و ص ٢٧ وما بعدها وأخيرا ص ٣١ وما بعدها .

الاخرى ،وهى الأحكام التى ارتضيناها موضوعالدراستنا ،تلك الدراسة التى ننتقل الآن لعرضها مبتدئين بالبابالأول من أبوابها الثلاثة وهو الباب الذى خصصناه لدراسة " شروط تحقق المسئولية الخاصة للمهندس المعمارى ومقاول البناء " .

***

الباب الأول

شروط تحقق المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول

الباب الأول

شروط تحقق المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء

كي تتحقق المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ،لابد من توافر شروط معينة يقتضيها هذا التحقق ، منصوصة كانت هذه الشروط أم معقولة ،من هذه الشروط ما يتعلق بعقد المقاولة ذاته ،سواء في وجوده ،أو من حيث محل وروده كما أن منها منها ما يختص بتسلم العمل مقبولا من رب العمل ،كذلك فإن منها أخيرا ما يرتبط بحصول التهدم أوظهورالعيب المعتبر وتاريخه .

وعلى ذلك ،فتبسيطا للعرض ،وتوخيا للقصد ،نعالج هذا الباب في فصول ثلاثة نعرضها على الوجه التالي :

الفصل الأول : ضرورة وجود عقد مقاولة مبان أو منشآت ثابتة أخرى مع رب العمل .

الفصل الثاني : تسلم العمل مقبولا من رب العمل .

الفصل الثالث : حصول تهدم أو ظهور عيب معتبر خلال عشر سنوات من تاريخ التسلم .

***

الفصل الأول

ضرورة وجود عقد مقاولة أبنية أو منشآت ثابتة أخرى مع رب العمل

تمهيد وتقسيم

هذا شرط يقتضى أمورا أربعة ، هى على الترتيب : ضرورة وجود عقد ،وأن يكون هذا العقد عقد مقاولة ،وأن تنصب المقاولة على إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى ،وأن يكون هذا العقد مع رب العمل الذى يتم البناء أو الإنشاء لحسابه . وبينما الثالث والرابع من هذه الشروط الفرعيه منصوصان فإن الأول والثانى منها معقولان .

وجه ذلك أن الأول والثانى يدركهما العقل لسببين :

الأول : أن العادة لم تجر - فى مكان أو زمان ما - على أن يقوم المهندس المعمارى أو المقاول بإقامة مبان أو تشييد منشآت ثابتة أخرى لشخص ما من تلقاء نفسهما ،دون اتفاق سابق بينهما مع هذا الشخص على هذا العمل سواء كان إقامة بناء أو تشييد منشأ ثابت آخر . هذا الاتفاق يمثل ،ولا شك ،العقد المبرم بين المهندس المعمارى أو المقاول ،أو كليهما ،من جانب ،وبين رب العمل من الجانب الاخر ،ولا عبرة بعد ذلك بأن يكون هذا الاتفاق قد تم كتابة أو شفاهة .

الثانى : أن هذا الاتفاق - الذى انتهينا إلى أنه يمثل العقد - يجد الأحكام التى تنظمه ،وتضبط أحكامه وأوضاعه قانونا ضمن أحكام عقد المقاولة التى وردت فى القسم الأول من الفصل ، الأول من الباب الثالث الخاص بالعقود الواردة على العمل ،من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة ،فى القانون المدنى المصرى [1].

---

(١) انظر فيما سبق ص٦٧ ،وانظر بالنسبة للقانون الفرنسى ص ٦٨ انفا .

فالشرط إذن ليس أى عقد ،بل عقد مقاولة على وجه الخصوص(١)م استدلالا بالجوار أو الاستصحاب .

أما الأمر الثالث المنصوص ،وهو أن ترد المقاولة على تشييد مبان أو إقامة منشآت ثابتة أخرى ،فهذا ما تصرح به الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى مصرى حيث تقضى بأن يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ،ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ...." فهذا نص فى ضرورة ورود المقاولة على مبان أو منشآت ثابتة أخرى وحيث النص فلا اجتهاد معه .

وأما عن الأمر الرابع والأخير المنصوص أيضا وهو أن يكون هذا العقد بأوصافه وموضوعه منعقدا مع رب العمل الذى يتم البناء أو التشييد لحسابه ،فهذا أيضا أمر مستفاد من إشارة عجز الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى مصرى سالفة الذكر والتى قضت بأن هذا الضمان يثبت " ولو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشات المعيبة مالم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات " .

كما أنه كذلك هو ما تقضى به صراحة الفقرة الرابعة من المادة المذكورة والتى تنص على أن " لاتسرى هذه المادة (أى المادة ٦٥١) على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن "

---

(١)م - انظر نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠ ق فى ٢١ من مايو ١٩٧٥ مج القواعد س ٢٦ ق ١٩٩ ص ١٠٤٨ حيث تقرر محكمة النقض " أن ضمان المهندس المعمارى لتهدم البناء أو للعيوب التى تهدد سلامته . أساسه المسئولية العقدية المنصوص عنها فى المادتين ٦٥١ ، ٦٥٢ مدنى ،فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعمارى القيام بعمل لقاء أجر ،فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس المعمارى قبل رب العمل بهذا الضمان ،وإنما تخضع مسئوليته للقواعد العامة فى المسئولية المدنية " .

وعلى ضرورة توافر هذا الشرط فى مجموعة تواترت أحكام القضاء المصرى (٢).

هذا الشرط فى مجموعه كذلك ،نجده مقتضى أيضا فى القانـــون المدنى الفرنسى طبقا للمادتين ١٧٩٢ و ١/١٧٩٢ المعدلتين بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨الصادر فى ٤ يناير ١٩٧٨ . والتى تجرى الأولـــى منهما على أن " كل معمارى يتولى تشييد عمل ،يكون مسئولا بقـــوة القانون ،قبل رب العمل ،أو من تئول إليه ملكيته ،عن الأضـــرار، حتى تلك التى تكون ناتجة عن عيب فى التربة ،التى تعرض للخطـــر متانة البناء وصلابته ..."(٣).

---

(٢) نقض مدنى فى الطعن رقم ٥٧ لسنة ٨ ق جلسة ٥ من يناير ١٩٣٩، مجموعة عمر ٢ ق ١٥٤ ص ٤٥٢ حيث قضى بأن مسئولية المقاول أوالمهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقا للمادة ٤٠٩/ ٥٠٠ مدنى (ملغـــى، تقابل المادة ٦٥١ مدنى جديد) هى مسئولية عقدية قررها القانـــون لكل عقد مقاولة على البناء ،سواء أنص عليها فى العقد أم لم ينص

وانظر فى نفس المعنى نقض مدنى فى الطعن رقم ٨٠ لسنة ٢٢ ق، جلسة ٩ من يونيو ١٩٥٥ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٦ ق ١٦٥ ص ١٢٣٥، وفى رفض تطبيق المادة ٦٥١ مدنى على المقاول بعد أن حكم بفســـخ عقد المقاولة الذى كان مرتبطا به مع رب العمل انظر نقض مدنى فـــى الطعن رقم ٥٨٣ لسنه ٣٥ ق جلسة ١٧ من مارس ١٩٧٠ سنفس الموضع س ٢١ ق ٧٢ ص ٤٥٠ . وكذا نقض مدنى فى ٢١ من مايو ١٩٧٥ بذات الموضع ص ٢٦ ق ١٩٩ ص ١٠٤٨ " سابق " حيث قضى بعدم تطبيق المادة ٦٥١ مدنى علـــى المشورة الفنية المجانية من المهندس المعمارى نظرا لانها لا تكـــون عقد مقاولة . استئناف مصر فى ١٨ من مايو ١٩٣٩ المجموعة الرسميـــة ١٩٣٩ ق ٢١٢ ص ٥٦٨ الذى قضى برفض الرجوع على مهندس معمارى مرتبـــط مع رب العمل بعقد عمل وليس بعقد مقاولة (مشار لهذه الاحكام فـــى مسئولية المعماريين للاستاذ الدكتور محمد ناجى ياقوت . ط ١٩٨٤ صـــ ٢٤ هامش ١٥) .

(٣) Art . 1792 (Loi 78 - 12 , 4 jan. :1978) " Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage , des dommages même résultant d'un vice du sol , qui compromettent la solidité de l'ouvrage...."

كما تقضى المادة الثانية منهما بأنه " يعتبر معماريا فى مفهوم هذا القانون :

١) كل مهندس معمارى أو مقاول أو فنى ،أو أى شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة "(٤).

وعلى هذا الأساس أيضا اضطردت أحكام القضاء الفرنسى(٥) منذ ردح طويل من الزمن يؤيدها الفقه (٦) فى ذلك .

ومن الجدير بالذكر أن نشير هنا إلى أن القانون الفرنسى وإن كان قد جعل من هذا مبدا أساسيا وشرطا لازما لتطبيق المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء إلا أنه نظرا لظروف التطور الراهن فى مجال البناء والتشييد ،وتقنيننا لما جرى عليه العمل

---

(٤) Art. 1792-1 (L.78-12,4 janv .1978) " Est réputé constructeur de l'ouvrage 1-Tout architecte , entrepreneur Technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de l'ouage d'ouvrage...."

وانظر فى ترجمة هاتين المادتين . أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى : فى محاضرته التي ألقاها فى الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والتشريع بعنوان " مسئولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها " والمنشورة بمجلة مصر المعاصرة التى تصدرها الجمعية س ٧٠ عدد ٣٧٦ابريل ١٩٧٩ص ٥ وكذلك الأستاذ الدكتور محمد ناجى ياقوت مسئولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل ط ١٩٨٤ دار النهضة العربية ،هامش ١٢ ص ١٧وما بعدها .

(٥) عرائض فى ١٢من فبراير ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٥٠٢نقض مدنى فى ٩ من مارس ١٩٤٩ الأسبوع القانونى ١٩٤٩-٢-٤٨٢٦،حيث قضى برفض تطبيق المسئولية البشرية الواردة فى المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ ، مدنى على المهندس المعمارى الذى قدم لرب العمل مشورة فنيه مجانية فيما يتعلق بطبيعة التربة المراد إقامة البناء عليها ،دون أن يثبت وجود عقد مقاولة . نقض مدنى (الدائرة الاولى) فى ٩ من مارس ١٩٦٤ بلتان ١٩٦٤-١رقم ١٣٨ ص ١٠٤وفى ١٧ من مارس ١٩٧٥ بلتان ١٩٧٥، -٣رقم ١٠٢ص ٧٧وفى ٥ من يناير ١٩٧٨ دالوز ١٩٧٨ إخطارات سريعة ص ٣٢٩ . نانسى فى ٢٢من مايو١٩٠٩ دالوز١٩١٠-٢-٣٥٧ .

(٦) بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٥٢ ص١٩٥ ومابعدها ، مازوجيجلار ، بند ١٣٦٧ ص ٧٩٩ وما بعدها .

فى دوائر القضاء ،فقد مد - على سبيل الاستثناء من هذا الأصل العام - نطاق تطبيق هذه المسئولية ،على أشخاص غير مرتبطين بعقد مقاولة مع رب العمل ،ولكنه قيد ذلك بشروط خاصة تطلبها بالنسبة لكل منهم ستأتى دراستها فى مكانها من البحث (٧) .

هذا ولا يفوتنا فى نطاق القانون الفرنسى أيضا ،أن نشير إلى مسألة قد غدت الآن فى ذمة التاريخ بعد التعديلات الأخيرة التى تمت على المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ،بالقانونين ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣يناير ١٩٦٧ ، ١٢ لسنة ٧٨ فى ٤ يناير ١٩٧٨ . ذلك أن المادة ١٧٩٢ مدنى فى صياغتها الأولى منذ سنة ١٨٠٤ وقبل تعديلها بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر كانت تجرى على الوجه الآتى : " إذا تهدم البناء المشيد بأجر مقدر جزافا تهدما كليا أو جزئيا ،وكان هذا التهدم ناشئا عن عيب فى البناء ،أو حتى عن عيب فى الأرض ذاتها فإن المهندسين المعماريين والمقاولين يسألون عن هذا التهدم فى خلال مدة عشر سنوات "(٨) .

واستنادا إلى ماجاء بصدد هذه المادة فقد ذهب الفقه (٩) فى فرنسا إلى القول بضرورة أن يكون الأجر مقدرا فى عقد المقاولة بطريق الجزاف ،أى بطريقة إجمالية (٩)م وليس على أساس سعر الوحدة حتى يتسنى تطبيق أحكام المسئولية العشرية المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ مدنى سالفة الذكر . وذلك تمشيا مع قصد المشرع الفرنسى،الذى قدر حينذاك أن الأجر إذا قدر جزافا فإن هذا يكون مدعاة للمقاول

---

(٧) أنظر فيما بعد من ص٤٥١ ٥٥٤ .

(٨) Art. 1792 c. civ."Sil'édifice construit à prix fait'périt en tout ou en partie...."

(٩) أوبرى وروو إسمان ،شرح القانون المدنى الفرنسى : حـ ٥ ط ٦ بند ٣٧٤ ص٤٠٧ هامش٢٠ ،وبلانيول رريبير ورواست المرجع السابق حـ ١١ بند ٩٤٩ ص١٩٠ ،بيدان وروديبير المرجع السابق ج ١٢ بند ١٨٥ ،١٨٦ ص ٢٠٠ - ٢٠٢ .

(٩م) انظر فى التعاقد بطريق الجزاف أو بالأجر الإجمالى كلا من المادة ٦٥٨ مدنى مصرى والمادة ١٧٩٣ مدنى فرنسى . وأنظر من الفقه المصرى شنب : المرجع السابق بند ٥٤ ص ٦٥ وما بعدها السنهورى : الوسيط حـ ٧ بند ٩٩ ص١٤٩ وبند ٤ ١٠ ص١٨٦ وانظر من

أو المهندس المعمارى ، إلى الحرص والتقتير ،حتى يخرج بأكبر مكسب ممكن ،ولو على حساب جودة العمل وإتقانه [١٠] ولكن هذا الشرط كما قلنا ،غدا الآن فى ذمة التاريخ بعد أن ألغى بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ وتبعه فى ذلك القانون الأخير رقم ١٢ لسنة ٧٨ فى ٤ يناير ١٩٧٨ [١١]

وعلى ذلك فان دراستنا لهذا الشرط ،تقتضينا التعرض لعقد المقاولة فى تعريفه ،وبيان خصائصه ،وصفته ،ثم التمييز بينه - كعقد مقاولة مبان ومنشآت ثابتة آخرى - وبين أهم مايشتبه به من العقود الأخرى ،وذلك بقصد الوقوف على الطبيعة القانونية له ،ثم نعرض بعد ذلك لمحل وروده أو بعبارة أخرى لموضوعه ،وكذلك لضرورة أن يكون مع رب العمل الذى يتم العمل لحسابه ،وليس مع أى شخص آخر ممن تتوافر لهم هذه الصفة دون أن يكون العمل لحسابه فعلا . كالمقاول الأصلى حال ارتباطه بمقاولين من الباطن . أما ماعدا ذلك من أحكام

= الفقه الفرنسى J. Borricand : " ملاحظات حول صفقة الجزاف "Observations sur le marché à forfait" دالوز ١٩٦٥٠ ص ١٠٥، وما بعدها ، Montemerle "صفه الجزاف" "Le marché à farfait" A.J.P.I ١٩٦٨ ص ١٢٤ وما بعدها . A. CASTON " صفقه الجزاف A.J.P.I. ١٩٧١ ص ١٠٥٩ ، A.Hinfray,Ch.Boullez; "Le marché de travaux à forfait" التعاقد على الأعمال بطريق الجزاف A.J.P.I. ١٩٨٢ ص ٧٢٣ وما بعدها .

(١٠) محمد كامل مرسى : العقود المسماة حـ ٤ بند ٥٧٨ ص ٤٨١ وما بعدها ،لبيب : عقد المقاولة بند ٥٤ ص ٦٥ وما بعدها . السنهورى الوسيط حـ ٧ /١ بند ٦١ ص ١٠٨ هامش ٥ ،باقوت : المرجع السابق ،بند ١٠ هامش ٣٩ ص ٣٠ .

(١١) الأساتذة مازو وجيملار المرجع السابق بند ١٣٦٨ - ٤ ص ٨٠٢ ،كاريلا : مسئوليات المعماريين les responsabilités des constructeurs" ط ١ ،سنة ١٩٨١ فصل I ص ٦ ،ج ليت : قو : قانون البنا ،"Le droit de la construction" ط ٧ ١٩٨٢ ص ٣٤١ .

تتعلق بعقد المقاولة فنتركها للمؤلفات المتخصصة فى شرح أحكام هذا العقد ،حيث لايتسع المقام لكل ذلك . على أن تخصص لكل من هذه الموضوعات الأربع مبحثا خاصا بـه .

المبحث الأول : تعريف عقد المقاولة . وبيان خصائصه وصفته

المبحث الثانى : التمييز بين عقد المقاولة وبعض العقود الأخرى

المبحث الثالث : موضوع عقد المقاولة

المبحث الرابع : ضرورة أن يكون العقد مع رب العمل الذى يتم العمل لحسابه

■ ■ ■

المبحث الأول

تعريف عقد المقاولة وبيان خصائصه وصفته

نعرض على التوالي لكل من هذه النقاط الثلاث فى فرع مستقل.

الفرع الأول

تعريف عقد المقاولة

عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدنى المصرى المقاولة بأنها " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين ،أن يصنع شيئا ،أو أن يؤدى عملا لقاء أجر ،يتعهد به المتعاقد الآخر "(١).

أما القانون المدنى الفرنسى ،فلم يعرف حتى الآن عقد المقاولة بهذا الإسم Contrat d'entreprise وإنما عرفه باعتباره نوعا من إجارة الأعمال " Louage d'ouvrage " متأثرا بالقانون الرومانى فى هذا الخصوص ،فنص فى المادة ١٧١٠ منه على أن عقد إجارة الأعمال " Louage d'ouvrage " هو ذلك العقد الذى عن طريقه يتعهد أحد الأطراف بعمل شئ لحساب الآخر لقاء أجر متفق عليه بينهما"(٢).

---

(١) لقد كان أصل المادة فى المشروع التمهيدى يتضمن كلمة " ثمن " بدلا من كلمة " أجر " وفى لجنة المراجعة حور النص إلى ما استقر عليه فى المتن ،انظر فى ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٥ مادة ٦٤٦ ص ٧ وما بعدها . وانظر أيضا السنهورى : الوسيط ج ٧ /١ بند ١ ص ٥ هامش ١ "تاريخ النص".
ونحن من جانبنا أميل إلى هذا التعديل ،لغلبة طابع الأجر فى عقد المقاولة على طابع الثمن ،وذلك لتمييز عنصر العمل فيها عن باقى العناصر الأخرى .

(٢) Art. 1710 C.C.: " Le louage d'auvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles"

انظر أيضا : بلانيول وريبير ورواست ،المرجع السابق ج ١١ ، فقرة ٩٠٧ ص ١٤٠.

والذى يلاحظ على هذا التعريف التشريعى - سواء فى القانون المدنى المصرى أو القانون المدنى الفرنسى - أنه غير جامع لكل خصائص المعرف ، وبذلك يمكن أن يتبادر إلى الذهن الخلط بينه وبين عقد العمل إذ العامل فى عقد العمل يؤدى أيضا عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ، لاسيما وأنه - طبقا للقانون المدنى المصرى - جاء فى الترتيب أسبق من عقد العمل ، الذى بدأت أحكامه بالمادة ٦٧٤ منه .

ولذلك فقد عرفه جانب من الفقه المصرى ، بأنه عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر فى مقابل أجر ، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته [٣].

وكذلك فقد عرفه الأساتذه (هـ . ل . ج) مازو وجيجلار بأنه ذلك العقد الذى عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل فى مواجهة شخص آخر ، يقال له رب العمل أو العميل ، بأن ينفذ له عملا مقابل أجر ، مستقلا عنه ، ودون أن تكون له صفة تمثيله [٤]

والذى يبدو لنا أن التعريف الفقهى أكثر دقة من التعريف الذى جاءت به المادة ٦٤٦ مدنى مصرى والمادة ١٧١٠ مدنى فرنسى سالفتى الذكر ، وذلك لإبرازه الخاصية الأساسية لعقد المقاولة ، تلك الخاصية التى تميزه عن عقد العمل ، كما سيأتى بيانه فيما بعد [٥]. وهى خاصية استقلال المقاول عن رب العمل ، فى تنفيذه لعقد المقاولة ، دون خضوع منه لاية أوامر أو تعليمات من جانب هذا الاخير .

---

(٣) شنب المرجع السابق فقرة ٦ ص ١١ .

(٤) الأساتذة مازو وجيجلار (دروس فى القانون المدنى) مرجع سابق ط ٥ ١٩٨٠ ج ٣ مجلد ٢ ، فقرة ١٣٣١ ص ٧٤٣ .

" Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une personne, l'entrepreneur ou locateur, s'engage envers une autre , le maître ou client à exécuter contre rémunération un travial indépendant et sans le représenter "

(٥) انظر فيما بعد ، ص ٨٧ .

ويسمى من يقوم بصنع الشئ ، أو بأداء العمل محل العقد مقاولا ،كما يسمى من يتم الصنع أو يؤدى العمل لحسابه رب العمل(٦)

ونستطيع من جانبنا أن نعرف المقاولة بأنها عقد ،يتعهد طرف فيه بصنع شئ ،أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر ،لقاء أجر ومستقلا عن إدارته وإشرافه .

وبهذا التعريف نستطيع القول بأننا قد جمعنا بين مزايا كل من التعريف التشريعي والتعريف الفقهي ،من الاحتفاظ بالإشارة التى أوردها الأول ،إلى المصدر التاريخى لعقد المقاولة وهو عقد " الاستصناع "(٧) ومن التمييز بينه وبين عقد العمل ،وهو ما حرص على إبرازه التعريف الفقهى .

إلا أننا لم نر داعيا لأن نضمن التعريف الذى قلنا به شيئا لتمييز المقاولة عن الوكالة ،كما فعل الأساتذة مازو(٨) وذلك لوجود مميز آخر بين العقدين تزول به الضرورة ،وهو اختصاص المقاولة بالأعمال المادية حين تنصب الوكالة على الأعمال القانونية على ما سيأتى استظهاره فى موضعه من البحث (٩) .

---

(٦) شنب : المرجع السابق فقرة ٦ ص ١٢ . ويطلق على المقاول فى القانون الفرنسى بالإضافة إلى هذا الإسم ،إسم " المؤجر " اتفاقا مع مسلك القانون الفرنسى فى ذلك راجع هامش ٤ أعلاه .

ولا يبعد مسلك الشريعة الإسلامية كثيرا عن مسلك القانون الفرنسى إذ يطلق على المقاول إسم " الصانع " أو " الأجير المشترك " كما سبق بيانه فى موضعه ص ٣٣ وما بعدها . و ص ٤١ وما بعدها .

(٧) اذ أن لفظ المقاولة هذا لفظ حديث الاستعمال نسبيا ،فهو لم يكن معروفا لافى القانون الرومانى ،ولا فى الشريعة الإسلامية ولا فى القانون الفرنسى قديمه وحديثه ،ولا حتى فى القانون المدنى المصرى القديم . فكل هذه التشريعات كانت تعتبر العقود الواردة على العمل نوعا من الإجارة محله صنع شئ أو أداء عمل لقاء أجر.

انظر فى ذلك شنب : المرجع السابق ص ١١ هامش ١ .
السنهورى : المرجع السابق فقرة ١ ص ٦ .

(٨) انظر هامش ٤ فيما سبق .

(٩) انظر فيما بعد ،ص ٩٨ .

الفرع الثانـى

خصائص عقد المقاولـــــــة

مما انتهينا إليه من تعريف للمقاولة فى الفرع الأول ،نستطيع أن نستظهر :

الخصائص التالية لعقد المقاولة

١) الرضائية : فالمقاولة عقد رضائى . بمعنى أن المشـــرع لا يشترط لانعقاده شكلا معينا [١] بل إن الكتابة فيه ليست لإيجاده بل لإثباته فقط ،متى كانت ضرورية لهذا الإثبات [٢].

ولم يكتف المشرع المصرى ،لإبرازه خاصية الرضائية فى عقـــد المقاولة بما جاء فى المادة ٦٤٦ سالفة الذكر . بل إننا نجده يزيد ذلك إيضاحا وتأكيدا فى المادة ٦٥٨ مدنى التى لاتجيـــــز للمقاول - فى حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالى - المطالبة بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى التصميم المتفق عليه تعديـــل أو إضافة ،مالم يكن هناك اتفاق كتابى على ذلك ،شريطة أن لايكون العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة [٣].

---

(١) السنهورى : المرجع السابق . فقرة ١ ص ٦ ،محمد عبدالرحيم عنبر - المحامى (المرجع السابق ،فقرة ٢ ص ٧ .
بييتر P. PETER - المسئولية العشرية للمهندسيـــن المعماريين والمقاولين . ط ٢ ١٩٦٩ ص ٢٩ ،نقض مدنى فى ٢٣ مـــن اكتوبر ١٩٤٥ جازيت دى باليه : ١٩٤٥ - ٢ ص ١٨٧ .

(٢) السنهورى : الهامش السابق - هامش ١ ،نقض فرنسى فى ٢٣ من أكتوبر ١٩٤٥ ، دالوز ١٩٤٦ ص ١٩ .مشار إليه فى السنهورى بذات الهامش ،وكذا فى شنب : هامش ١ ص ١٢ .

(٣) شنب :المرجع السابق . فقرة ٧ ص ١٢ ،وانظر نقض مدنى مصـــرى فى الطعن رقم ١٤٣ السنة ٣٧ ق جلسة ٩ من مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ٥٩ ص ٣٧٦ .

بل إن صفة الرضائية هذه تظل لصيقة بعقد المقاولة ،ولو كان منصبا على بناء سفينة ،إذ لا تشترط الرسمية ،إلا فى عقد بيع السفينة فقط لافى عقد بنائها (٤).

٢) التبادلية : فعقد المقاولة عقد تبادلى ملزم للجانبين إذ يترتب عليه منذ انعقاده ،التزامات تقع على عاتق كل من طرفيه فيتعهد المقاول بمقتضاه أن يصنع شيئا أو أن يؤدى عملا لقاء أجر معلوم ،يتعهد به من يتم هذا الأداء لحسابه ،وهو صاحب العمل .

٣) المعاوضة : فعقد المقاولة تبرز فيه صفة المعاوضة، ذلك أن كلا من طرفيه يقتضى مقابلا لما يعطى ،فالمقاول لايصنع الشىء ولا يؤدى ما نيط به من عمل بنية التبرع ،بل اقتضاء لأجر من رب العمل . كذلك فإن هذا الأخير إذ يدفع الأجر ،إنما يقتضى به العمل وهكذا تتوافر لدى الطرفين نية أخذ المقابل لما يعطى .

٤) وروده على عمل مادى : كذلك فإن عقد المقاولة يرد من حيث محله على عمل مادى وهو صنع شىء، أو أداء عمل ،وهذا هو الأمر الغالب فى عقد المقاولة ،ولا يقلل من هذا الرأى أن يؤدى المقاول أو المهندس المعمارى أحيانا أعمالا ذهنية لازمة لأداء عمله ،كاجراء الحسابات التى يقتضيها إبرام العملية أو تنفيذها، كذلك فقد يتضمن أداء كل منهما تصرفا قانونيا ،كنقل ملكية المواد أو الأشياء التى يوردها . - واللازمة لتنفيذ العمل - إلى رب العمل .

وأيضا فإن المهندس المعمارى الذى قد يقتصر عمله على وضع التصميم ،وإجراء المقايسات اللازمة للمشروع ،فإن أعماله هذه - رغم بروز الجانب الذهنى فيها - تعتبر أعمالا مادية ،وذلك

(٤) أستاذنا الدكتور / على حسن يونس ،أصول القانون البحرى ط دار الحمامى للطباعة فقرة ١٣٦ ص ٩٧ .
شنب : الهامش السابق . ويشير سيادته إلى على حسن يونس فى القانون البحرى . ط ١٩٦١ ص ٢٠٠ فقرة ٢٦٣ ،مصطفى كمال طه :الوجيز فى القانون البحرى ط ١٩٦٦ منشأة المعارف اسكندرية ص ٦٤ فقرة ٧١ مصطفى الجمال : دروس فى القانون البحرى ١٩٦٨ المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر ص ٥٦ . على جمال الدين عوض : القانون البحرى ١٩٦٩ دار النهضة العربية ص ٨٧ فقرة ١٠٣ .

بالتبعية للأداء الرئيسى فى عقد المقاولة ،وهو مايكون فى الغالب الأعم عملا ماديا ،والأحكام إنما تبنى على الغالب (٥)

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية ،حيث قضت ، بأن إيراد المشرع القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى ضمن الأحكام المنظمة لعقد المقاولة ،إنما أفصح عن رغبته فى اعتبار عمله بوضع التصميم والمقايسة ،ومراقبة التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج فى صورها ،وأن اختلاط الفكر بهذه الأعمال لايمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية ،لامن قبيل التصرفات القانونية ،فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة إلى الوكالة ،مما يوجب تطبيق أحكام عقد المقاولة عليه (٦).

٥) أما عن الخاصية الخامسة والأخيرة لعقد المقاولة ،فهى الخاصية التى أبرزها التعريف الفقهى لهذا العقد وهى خاصية استقلال المقاول فى تنفيذه لعقد المقاولة عن أى سيطرة أو إشراف أو إدارة من جانب رب العمل • فهو يؤدى عمله دون أى تدخل من جانب هذا الأخير ،فى تحديد كيفية التنفيذ ،أو فى اختيار الوسائل أو الأدوات اللازمة لهذا التنفيذ ،فليس له أن يوجه هذا الاختيار أو يراقبه (٧) وهذه الخاصية هى التى تميز بحق بين عقد المقاولة

---

(٥) شنب : المرجع السابق - فقرة ٧ ص ١٣ •

(٦) طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق جلسة ١٦/٥/١٩٦٧ س ١٨ مجموعة أحكام النقض قاعدة ١٥٠ ص ١٠٠٥ وما بعدها • ذكره أيضا الدورى المرجع السابق ص ١٦ •

(٧) شنب : المرجع السابق - فقرة ٧ ص١٣ بيتر: السابق ص ٢٩ ونقض مدنى فرنسى فى ٧ من يوليو ١٩٥٥ بيلتان ١٩٥٥ - ١ - رقم ٢٤٣ ،وإن كان هذا لايجب حق رب العمل فى أن ينذر المقاول بالعدول عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له • إذا ثبت لديه أن هذا الأخير يقوم بالتنفيذ على وجه معيب أو مناف للعقد (م ٦٦٣ مدنى مصرى) •

وكل من عقدى العمل والوكالة كما سيأتى بيانه فى حينه (٨)

الفرع الثالث

الصفة المدنية أو التجارية لعقد المقاولة

عرضنا فى الفرعين السابقين لتعريف عقد المقاولة ،وبيان خصائصه ،وذلك بهدف تمييزه عن غيره من العقود الأخرى ،التى قد يقوم وجه من الشبه بينه وبينها . وتكملة للبيان نحدد فى هذا المطلب الصفة المدنية أو التجارية لعقد المقاولة .

وفى تقديرنا فإن الأهمية العمليةلهذا التحديد من الظهور بمكان . ذلك لما يترتب عليه من آثار هامة : منهاماًيتعلق بالاختصاص ومنها ما يرتبط بالإثبات ،كما أن منها ما يكون مجاله التضامن وعدمه .

فأما فيما يتعلق بالاختصاص والإثبات : فمن المعلوم أنه إذا كانت المقاولة تجارية بالنسبة لأحد طرفيها ،فإنه يجوز اختصامهذا الطرف أمام المحاكم التجارية وأنه يتبع فى مواجهته طرق الإثبات أمام المحاكم التجارية (١).

وتطبيقا لذلك قضى بأنه إذا تعلق الأمر بمقاولة بناء، فلا يجوز للمقاول أن يثبت بالبينة أن صاحب العمل قد أذنه فى إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه فى العقد ، لأن المقاولة لا تعتبر عملا تجاريا بالنسبة لصاحب البناء ،حتى يباح الإثبات بهذه الطريقة (٢).

---

(٨) انظر فيما بعد من ص ٩٣ - ص ١٠٥ .
(١) شنب : المرجع السابق - فقرة ٤٣ ص ٥٦ .
(٢) نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ٨ لسنة ٧ ق جلسة ١٣ مايو ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ - ٥٦ - ١٦٤ مشار إليه أيضا فى شنب : الهامش السابق .

وأما فيما يختص بالتضامن : فالقاعدة أن التضامن مفترض فى المسائل التجاريه ،وعلى ذلك فعندما تعتبر المقاولة تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ،وتعدد أفراد هذا الطرف ،كانوا متضامنين فيما بينهم ،دون حاجة إلى اتفاق خاص يقضى بهذا التضامن (٣).

ولما كان محل البحث هو المقاولات المنصبة على تشييد مبان أو إقامة منشآت ثابتة أخرى ،فان تحديدنا للصفة المدنية أوالتجارية سوف يقتصر على هذا النوع من المقاولات دون غيرها .

ولقد تكفل القانون التجارى المصرى ببيان من يعتبر تاجرا وما هى الأعمال التجارية ،وذلك فى المادة الأولى والثانية منه .

فقد نصت المادة الأولى منه على أن " كل من اشتغل بالمعاملات التجارية ،واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر " فهذا نص فى أن الشخص لايكفى لاعتباره تاجرا أن يشتغل بالمعاملات التجارية لمجرد مرة أو مرتين ،وإنما يجب أن يتخذها حرفة معتادة له وهذا يستلزم بطبيعة الحال التكرار والاعتياد (٤)، الذى جرى العرف على اعتبار أقله ثلاثا .

واذا كانت المادة الاولى سالفة الذكر قد تكفلت بوضع المعيار الشخصى للعمل التجارى فان المادة الثانية من ذات القانون قد أخذت على عاتقها وضع المعيار الموضوعى له . فبينت الاعمال التى تعتبر تجارية بحسب القانون . ومن بين ماجاء فيها الفقرة الثامنة منها والتى قضت بأنه : " يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا ،جميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبانى ،متى كان المقاول متعهدا بتوريد الادوات والاشياء اللازمة لذلك ".

---

(٣) شنب : الهامش الأسبق .

(٤) على حسن يونس : القانون التجارى ط ١٩٧٩ فقرة ١١٤ ص ١٢٩

وأول ما يلاحظ على هذه الفقرة ، أنها تطلبت شرطين أساسيين لاعتبار هذه المقاولات أعمالا تجاريه . أولهما : أن تتعلق المقاولات بإنشاء مبانى . وثانيهما : أن يتعهد المقاول بتوريد ، الأدوات والأشياء اللازمة لتنفيذ هذه المقاولة .

ورغم وضوح هذين الشرطين فى عبارة النص إلا أن الفقه والقضاء قد توسعا فى تفسيره فلم يقصراه - من حيث نوع المقاولة - على مقاولات إنشاء المبانى فقط بل بسطا نطاقه كذلك إلى كل الأعمال التى تعدل من حالة العقارات كمقاولات الهدم والترميم . ومقاولات الأشغال العامة كإنشاء الطرق والسكك الحديدية ومد الكبارى وإقامة الجسور ، وحفر الترع والقنوات والمصارف (٥) .

كذلك من حيث التوريد ، لم يقف الفقه والقضاء عند صريح النص من توريد الأدوات والأشياء اللازمة ، بل توسعا فى تفسير عبارة " الأشياء اللازمة " واعتبرا المقاول يباشر عملا تجاريا حتى ولو لم يورد سوى العمال اللازمين لتنفيذ المشروع . ذلك أن المقاول إنما يضارب على عمل هؤلاء العمال بقصد تحقيق الربح ، أو أنه - على الأقل - يقوم بعمل يدخل تحت مقاولة التوريد (٦) .

---

(٥) محسن شفيق : الوجيز فى القانون التجارى ج ١ ط ١٩٦٧ دار النهضة العربيه فقرة ٧٣ ص ٦٦؛ على البارودى : فى القانون التجارى - ط ١٩٧٥ منشأة المعارف . فقرة ٥٦ ص ٧٢، طنطا الكلية فى ٤ نوفمبر ١٩٣٩ المحاماة س ٢٠ ق ٤٩٦ ص ١١٧١، استئناف مختلط فى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ بيلتان : س ٥٣ ص ٧٢ .

(٦) محمود سمير الشرقاوى : القانون التجارى : ج ١ ط ١٩٨٢ دار النهضة العربيه فقرة ٧٠ ص ٦٥ وما بعدها ، مصطفى كمال طه القانون التجارى ط ١٩٨٢ فقرة ٦٨ ص ٧١ . نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٤٦ ، استئناف دوية ٧ ديسمبر ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ٧٣ ، الزقازيق الكلية ٢٣ مايو ١٩٢٩ المحاماة س ١١ - ٩٨ - ١٦١ ، طنطا الكلية ٤ نوفمبر ١٩٣٩ سابق الإشارة .

وانظر عكس ذلك : محمد صالح : شرح القانون التجارى المصرى ج ١ ط ٣ ١٩٣٣ فقرة ١٥ ص ٢٦ ، نور الدين رجائى : شرح القانون التجارى المصرى ط٢ ١٩٥٢ فقرة ٧٦ ص ٦٣ .

أما إذا لم يقدم المقاول ،لا المواد ولا العمال ،بل اقتصر دوره على التوجيه والإشراف المأجور ،على سير العمل ،فإن عمله يعتبر عملا مدنيا ،لأنه لايضارب-لاعلى مواد ولا على عمل - بقصد تحقيق الربح ،وإنما يقوم بنوع من الاستغلال لخبرته الشخصية وملكاته الذهنية (٧).

كذلك يعتبر مدنيا عمل المكاتب الهندسية التي تقتصر على وضع الرسوم المعمارية دون أن تتولى تنفيذها (٨) فاذا توافر هذان الشرطان ،كانت المقاولة تجاريه بالنسبة للمقاول ومدنية بالنسبة لرب العمل (٩).

أما بالنسبة للتقنين التجارى الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٧ فيقرر فقهاء القانون التجارى فى مصر بأنه لم يشتمل على نص مناظر لنص المادة الثانية فقرة ٨ من القانون التجارى المصرى إلا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء فى فرنسا ،من اعتبار مقاولات إنشاء المبانى من قبيل الأعمال التجاريه ،عن طريق الاستناد إلى النصوص الخاصة بتجارية الشراء لأجل البيع تارة، وتلك المتعلقة بالسمسرة ومقاولة التوريد تارة أخرى (١٠).

---

(٧) على البارودى : المرجع السابق ٠ نفس الموضع ،محمد فريد العرينى : القانون التجارى ط ١٩٧٧ دار المطبوعات الجامعية اسكندرية فقرة ٥٦ ص١٠٦ وما بعدها ٠

(٨) محسن شفيق : المرجع السابق - نفس الموضع ٠ سمير الشرقاوى : المرجع السابق - نفس الموضع ٠

(٩) نقض مصرى ١٣ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ - ٥٦ ص ١٦٤ مذكور أيضا فى : على حسن يونس ٠المرجع السابق نفس الموضع ،استئناف مختلط ١٠ ابريل ١٩١٥ ببلتان ٢٧ - ٢٨٢٠

(١٠) العرينى : المرجع السابق،ذات الموضع ،على حسن يونس المرجع السابق ٠ ذات الموضع ،ومع ذلك ،انظر فيما بعد هامش ١٧ ص ٤١٦ وانظر أيضا نقض فرنسى فى ١٥ يناير ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠- ١ - ٩٧، وفى ٢٠ من أكتوبر ١٩٠٨ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٢٤٦ استئناف دويه فى ٧ من ديسمبر ١٩٠٣ سابق الإشارة ٠

المبحث الثاني

تمييز عقد المقاولة عما يشتبه به من عقود

تدق التفرقة أحيانا بين عقد المقاولة وبعض العقود الأخرى حيث يجمع بين بعضها وإياه جامع ،يجعله يلتبس بها بحيث يصبح من العسير التمييز بينها وبينه .

ولما كانت هذه العقود منها ما يرد على العمل ،مثل عقد العمل ،وعقد الوكالة ،شأنه في ذلك شأن عقد المقاولة ،كما أن منها ما يكون وجه الالتباس به أن يكون منصبا على نقل حق الملكية من ذمة إلى أخرى مثل عقد البيع ،وذلك كما يحدث أحيانا في عقد المقاولة عندما يقدم المقاول المواد اللازمة للبناء إلى جانب عمله .

لذلك نرى أن نعالج هذا المبحث في فرعين ،نخصص الأول منهما لتمييز عقد المقاولة عن بعض العقود التي ترد مثله على العمل بينما نجعل الثاني منها لتمييزه عن عقد البيع .

الفرع الأول

تمييز عقد المقاولة عن بعض العقود التي ترد مثله على العمل

من العقود التي تشتبه بعقد المقاولة ،ما يرد مثله على العمل ،كعقد العمل وعقد الوكالة ،مما يجعلها ،في بعض الأحيان تلتبس به التباسا شديدا تدعو الحاجة معه إلى التمييز بينها وبينه كل في مطلب مستقل .

المطلب الأول

التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل

لما كان كل من العقدين يرد على العمل ،فإن النتيجة المنطقية لذلك أن يشتبه العقدان أحدهما بالآخر ،فتدق التفرقة بينهما ،مما يتعين معه ،قبل الفصل فى الموضوع أن يكيف القاضى العقد المطروح أمامه ،ليرى ما إذا كان عقد مقاولة ،أم عقد عمل.

وليس هذا التكييف للعقد من باب الترف الفقهى ،أو السياحة الفكرية ،وإنما لما يترتب عليه من نتائج قانونية هامة ،تختلف باختلاف الأحكام الضابطة لكل من العقدين[1].

لذلك فقد ذهب الفقه مذاهب شتى ،اختلفت فيها اجتهاداته وتباينت آراؤه ،فى سبيل وضع ضابط جامع مانع يميزبه بين العقدين خصوصا عندما يدق الأمر وتكاد تنعدم أمارات التمييز .

---

(١) راجع فى المسائل التى تظهر فيها أهمية التفرقة بين العقدين :

أ- من الفقه المصرى : سعد عبد السلام حبيب المحامى شرح عقد العمل فى القانون الموحد ط ١٩٥٩ بند ٦٠ ص ١٦٠ وهامش ٤ بها ،أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى : شرح قانون العمل ط ١ ١٩٦٤ بند ٧٥ ص ١٢٧ ،ومابعدها .

شنب : المرجع السابق ص ٢٥ هامش ٢ ،السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ بند ٤ ص ٨ ،٩ وهامش ١ ص ٩ ،إيهاب حسن إسماعيل : وجيز قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ج ١ عقد العمل الفردى ط ١ ١٩٧٦ بند ٤٣ ص٨٣ ،محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق بند ١٢١ ص٤٩٥ هامش ١ .

ب- من الفقه الفرنسى : بلانيول وريبير ورواست : المرجع السابق : بند ٧٦٨ ب ص ١٠ ، ١١ ،الأساتذه مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ١٣٣٣ ص ٧٤٥ وما بعدها أ.فلام ولوباف : عقد المقاولة بروكسل ١٩٦٦ بند ١١ ص ٣٦ ،ب. بوبلى : موسوعة دالوز، السابق بند ١٣ ص ٤ .

وبعد أن تردد الفقه والقضاء ،لفترة طويلة من الزمن ،بين معايير عدة [٢] تختلف فيما بينها دقة وسعة ،للتمييز بين العقدين ـ استقر رأيه الآن على اعتماد معيار التبعية القانونية [٣] " lien de subordination juridique " كأساس للتفرقة بين العقدين . فبينما لايقوم عقد العمل أساسا إلا على وجودها ،فان عقد المقاولة لايكون له وجود إلا عند انتفائها [٤].

ويقصد بالتبعية القانونية " Dependance juridique " هيمنة رب العمل ،أثناء تنفيذ العقد ،على نشاط العامل ،فهي نوع من السلطة يتمثل في ائتمار العامل بأوامر رب العمل ،وخضوعه لإشرافه وملاحظته وتوجيهه ،وتعرضه للجزاءات التي يوقعها عليه إذا ماقصر في عمله أو أخطأ [٥]

---

(٢) راجع ،في المعايير المختلفة التي قال بها الفقه قبل أن يستقر على معيار التبعية القانونية ،بالإضافة إلى المراجع المشار اليها في الهامش السابق من الفقهين :
عبد الودود يحيى : الهامش السابق ،شنب : شرح قانون العمل ١٩٦٤ ،بند ٤١ ص ٥٥ وما بعدها ،محمد حلمي مراد : قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ج ٢ في علاقات العمل الفردية ١٩٦٥ بند ٢٠٩ ص ٢٣٨ ،حمدى عبد الرحمن : قانون العمل ١٩٧٦ ص ٥٨ وما بعدها .

(٣) على أن هناك رأيا في الفقه ينادي بالأخذ بمعيار التبعية الاقتصادية (انظر المراجع المشار اليها في ديراند Durand " شرح قانون العمل الفرنسي ١٩٥٠ م ج ٢ ص ٢٤١ هامش ٢) التي مؤداها أن العامل تابع اقتصاديا لصاحب العمل إذ أنه يعتمد في معاشه اعتمادا كليا على العقد ويستمدمنه كل رزقه . إلا أن الفقه الغالب يؤيده القضاء قد طرح هذا المعيار جانبا ،باعتباره يعتمدفي تكييف العقد على أمر خارجي عنه بعيد عن طبيعته وهو الحالة الاجتماعية لأحد أطرافه . (انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها بالهامشين السابقين . حسن كيرة في أصول قانون العمل ط ٣ ١٩٧٩ بند ٨٢ ص ١٦٤ وما بعدها . نقض مدني فرنسي في ١٩٣١/٦/٦ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٢١ ،في ٩-٣-١٩٣٨ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ٢٨٩ ،نقض مدني مصري في الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٣ ق جلسة ٥٧/٤/٤ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٨ رقم ٣٦ ص ٣٧٠ وفي ١٩٦٧/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ١٠٦ ص ٦٨٨ في الطعن رقم ٩٥ لسنة ٣٣ق

(٤) انظر المراجع المشار اليها في الهوامش الثلاثة السابقة وانظر نقض مدني مصري في ٩ من مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ق ٥٩ ص ٣٧٦ . ومصر الابتدائية في ١٣ من يناير ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٦٥.

(٥) سعد عبد السلام حبيب : المرجع السابق . بند ٥٦ ص ١٥٣=

ومصدر حق رب العمل فى الإشراف والإدارة إنما هو حقه فى الاستفادة من مجهود العامل إلى أقصى ما يتحقق به صالحه . فهو يدير مجهود العامل باستمرار طوال مدة العقد ويشرف عليه للتحقق من قيامه بالعمل على أحسن وجه يرتضيه (٦).

وتتفاوت التبعية القانونية بتفاوت إمكانيات رب العمل فى استعمال سلطته ،وتختلف سعة وضيقا باختلاف وجوه نشاط العامل وقد اسفرت التطبيقات العملية للعقد عن تعدد أنواعها ،فهناك التبعية الفنية التى يخضع العامل فيها مباشرة لإدارة وإشراف رب العمل فنيا ،وكذلك التبعية المهنية التى تقتصر على التضييق من حرية العامل فى نشاطه أو فى ممارسة مهنته ،وتبعية تنظيمية أو إدارية لاتمس غير الظروف التى يقوم العامل فيها بتأدية عمله (٧).

واستقر الفقه على أن التبعية التنظيمية أو الإدارية تكفى لإمكان القول بقيام التبعية القانونية . ذلك لأن استلزام التبعية الفنية وحدها ،من شأنه أن يضيق من عقود العمل ،لتصور إمكان عدم إلمام صاحب العمل بكل دقائق العمل وجزئياته (٨).

= ويشير إلى إستئناف القاهرة الدائرة ٧ مدنى رقم ١٩٢ لسنة ٧٣ ق فى ٢٤ /٥٨/٥ وأيضا الدائرة العاشرة عمال مستأنف قصبة رقم ٣٤١ لسنه ٥٥ ق فى ١٩٥٥/١١/١٧ والذى جاء فيه " ليس أدل على هذا الإشراف من توقيع المستأنف عليها الجزاء على المستأنف من خصم شهر ولفت نظره وإنذاره بالمواظبة على العمل والحضور ثم فصله أخيرا من العمل " وانظر أيضا نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ٩ من مارس ١٩٧٢ مع القواعد ق ٥٩ ص ٣٧٦ مذكور بالهامش السابق .

(٦) القاهرة الابتدائية فى القضية رقم ١٩٨٥ - ٥٤ عمال كلى فى ١٩٥٥/٣/٢٦ مشار اليه فى سعد عبد السلام حبيب . المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٧) محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق بند ١١٧ ص ٤٤٨ وما بعدها .

(٨) ايهاب حسن اسماعيل : قانون العمل ج ١ مكتبة القاهرة الحديثة بند ٣٩ ص ٩١ .

وعلى ذلك فلا يشترط لتوافر ركن الإدارة والإشراف فى عقد العمل أن يكون صاحب العمل من ذوى الخبرة الفنية ، كى يستطيع إدارة نشاط العامل ، من الناحية الفنية ، كما لا يتعين عليه أن يلم بكل كبيرة وصغيرة فى المشروع أو أن يتبع العامل ذهابا وإيابا وهو يقوم بعمله ، بل يكفى فى هذا السبيل أن يشرف صاحب العمل على العامل بأن يرسم له طريق العمل وحدوده ويحاسبه على عمله ، ويقوم بإدارة جهاز المشروع (٩).

ولا يشترط أيضا لقيام عنصر التبعية القانونية ، ضرورة تحقق الإشراف الفنى أو الإدارى بصورة فعلية ، بل يكفى مجرد ثبوت حق صاحب العمل فى استعمال ماقرره له الشارع من مكنة الإدارة ، ورخصة الإشراف ، ولايهم بعد ذلك ما إذا استعمل صاحب العمل حقه فى الإدارة والإشراف أم لم يستعمله (١٠).

وقد أخذ المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد بفكرة التبعية القانونية لتمييز عقد العمل عن عقد المقاولة ، حيث عرف عقد العمل فى المادة ٦٧٤ منه بأنه ذلك العقد الذى يتعهد فيه أحد المتعاقدين ، بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر ، وتحت إدارته وإشرافه ، مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "(١١). كما

---

(٩) محمد حلمى مراد : المرجع السابق بند ٢٠٧ - ٢٠٨ ص ٢٣٨ ويشير إلى حكم محكمة الجيزة الابتدائية ٢١/١٠/١٩٥٢ - المبادئ القانونية فى عقد العمل رقم ١١٤ ص ٤٩.

(١٠) سعد عبد السلام حبيب : المرجع السابق بند ٥٧ ص ١٥٥ وما بعدها ، ويشير إلى حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى القضية رقم ١٤٥٤ لسنة ١٩٥٤ عمال كلى فى ١١/١٢/١٩٥٤.

(١١) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن نصا ينطوى على معيار التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة هو المادة ٩٣٣ التى كانت تجرى على الوجه التالى : " يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل حق توجيه ما يؤدى له من خدمات أو على الأقل حق الإشراف على طريقة القيام بهذه الخدمات " وقد رؤى حذف هذا النص فى لجنة المراجعة .

الأعمال التحضيرية ج ٥ هامش ص ١٠٥ - ١٠٧ .

عرفته المادة ٤٢ من قانون العمل الموحد[١٢] بأنه العقد الذى يتعهد بمقتضاه عامل ،بأن يشتغل تحت إدارة صاحب عمل أو إشرافه مقابل أجر.

وعلى كل حال فإن الكشف عن توافر علاقة التبعية القانونية من عدمه ،مسألة واقع تفصل فيها محكمة الموضوع ،دون معقب عليها وبمقتضى سلطتها المطلقة على الواقع ،فقد استخلص القضاء قيام عنصر التبعية من مجرد "التوجيه بالمراسلة "[١٣] أو من مجرد صرف الشركة للمدعى علاوة الغلاء المقررة لعمال المحال الصناعية والتجارية [١٤].

---

(١٢) الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩- الجريدة الرسمية العدد ٧١ مكرر ب فى ١٩٥٩/٤/٧م.

(١٣) استئناف اسكندرية - الدائرة العمالية - س ١٥ لسنة ١٠ ق فى ١٩٥٥/١/١٩ مشار إليه فى سعد حبيب الموضع السابق.

(١٤) القاهرة الابتدائية - الدائرة ٩ عمال كلى - قضية رقم ١٧٧٤ س ٥٥ ق فى ٥٦/١/٣٠ ،وقد تأيد هذا الحكم فى استئناف القاهرة دائرة ٧ مدنى برقم ١٩٢ لسنة ٧٣ ق فى ١٩٥٨/٥/٢٤ وفى هذا المعنى نقض مدنى مصرى ١٩٥٧/٤/٤ - المحاماة س ٣٨ رقم ٢٣٤ ص ٥٢١.

المطلب الثاني

التمييز بين عقد المقاولة وعقد الوكالة

للتفرقة بين عقدي المقاولة والوكالة أهمية ، يستدعيها اختلاف النظام القانوني لكل منهما ، الذي يقوم، ولاشك، على تمايز في الطبيعة بين العقدين ، واختلاف في المصلحة التي قام كل منهما لإشباعها (١٥).

وإذا كان الجامع بين هذين العقدين واحدا ، هو أن كلا منهما يرد على عمل ، يقوم به كل من المقاول والوكيل ، لصالح كل من رب العمل والموكل ، فإن المفرق بينهما أمران : أحدهما ، موضوعي والآخر ، شخصي .

فأما الموضوعي منهما ، فهو ما يتعلق بذات الأداء المطلوب بالعقد . فبينما يكون هذا الأداء عملا ماديا يقوم به المقاول في عقد المقاولة ، إذا به في عقد الوكالة عملا قانونيا يجريه الوكيل لحساب موكله (١٦).

---

(١٥) راجع في أهمية التمييز بين العقدين : أ- من الفقه المصري : محمد كامل مرسي : المرجع السابق بند ٥٧٢ ص ٤٧٧ .
شنب : المرجع السابق " عقد المقاولة " ص ٣٢ هامش ١ ،
عنبر : المرجع السابق بند ١٧ ص ٢٧ وما بعدها .
ب) ومن الفقه الفرنسي : بيدان ورودبير : المرجع السابق بند ١٧٧ ص ١٩١ ، بلانيول وريبير ورواست: المرجع السابق . بند ٩١١ ص ١٤٤ ج . مينفييل : تاريخ وشروط مهنة المهندس المعماري رسالة من بوردو ١٩٢١ ص ٨٩ ، فلان ولموباف المرجع السابق بند ١٤ ص ٣٨

(١٦) انظر نقض مدني مصري في ٩ مارس ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ٥٩ ص ٣٧٦ . "سابق" . وإن كان هذا لا يمنع أن يؤدي الوكيل بعض الأعمال المادية ، يستلزمها حسن أدائه لإلتزاماته القانونية ، ولكنه يظل مع ذلك متميزا بأنه إنما يؤدي عملا قانونيا لصالح موكله (محمد كامل مرسي ، العقود المسماة ج ١ ط ٢ ١٩٥٢ بند ١٥١ ص ٢٩٤ ، بلانيول وريبير ورواست : المرجع السابق بند ٩٠٩ ص ١٤٣) على أنه يلاحظ أن بعض الشراح في فرنسا - تأثرا بالقانون الروماني - لا يقصرون الوكالة على الأعمال القانونية فقط ، بل يجعلونها تشمل أيضا الأعمال المادية ، أخذا بعموم نص المادة =

أما المميز الشخصى بين العقدين ،فيظهر فى قيام الصفة التمثيلية بين الموكل ووكيله، وانعدامها بين المقاول ورب العمل؛ فالوكيل والمقاول ،كل منهما يؤدى العمل لحساب الغير ،إلا أن الوكيل يؤدى عمله لحساب موكله وباسمه طبقا للغالب من الأحوال (١٧). بمعنى أن كل ما يجريه الوكيل من تصرفات قانونية ،تنصرف آثرها مباشرة إلى الموكل - متى كانت فى حدود وكالته - وكأنه هو الذى أجراها بنفسه .

أما المقاول ،فلئن كان ما يعمله يتم لحساب رب العمل، إلا أنه يعمل بإسمه شخصيا ،وليس بإسم رب العمل ؛ فإذا أبرم أية تصرفات قانونية فى سبيل تنفيذ العمل ،انصرفت آثارها إليه شخصيا ،وليس إلى رب العمل، إذ القاعدة أن المقاول ليس له صفة تمثيل رب العمل، مالم يجر الاتفاق أو العرف بغير ذلك (١٨).

إذا كان هذا هو ما يميز عقد المقاولة عن عقد الوكالة ،إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يكلف الشخص ،وبمقتضى عقد واحد ،بأعمال مادية وأعمال قانونية ،فى نفس الوقت، وعلى ذلك فالملتزم بالعمل يعتبر مقاولا ،فيما يتعلق بالأعمال المادية ،ووكيلا فيما يتعلق بالأعمال القانونية ،وتطبق أحكام كل عقد على حدة (١٩).

أما إذا اختلطت الأعمال محل العقد ،بحيث أصبح من العسير التمييز بين نطاقى العقدين فإن الفقه الغالب يرى فى هذه الحالة أن تكيف الأعمال تكييفا موحدا ،طبقا للصفة الغالبة فيها. فيعتبر العقد مقاولة إذا غلب النشاط المادى ،ووكالة إذا كانت الغلبة فيه

= ١٩٨٤ مدنى فرنسى التى تعرف الوكالة بأنها: "Est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelquc chose pour le mandant et en son nom "
(انظر :كولان وكابيتان " cours étém. dr.civ.fr. " ط ٧ باريس ١٩٣٢ • ج ٢ بند ٩٢٨• ص ٧٨٤ وما بعدها •

(١٧) إذ يصح فى بعض الأحيان أن يقوم الوكيل بالعمل القانونى بإسمه الشخصى ،كما يقع فى حالة الإسم المستعار والوكالة بالعمولة (السنهورى : المرجع السابق : ج ٧ - ١ بند ٢٠٨ ص ٣٧٤) •

(١٨) محمد كامل مرسى :العقود المسماة :ج١ بند ١٥٣ ص ٣٠٣، شنب: عقد المقاولة بند ٢٤ ص ٣٣، السنهورى : الوسيط : ج ٧ - ١ بنده ص ١٤ وانظر نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ٩ مارس ١٩٧٢ سالف الإشارة •

(١٩) السنهورى :الوسيط : ج ٧ - ١ بند ٥ ص ٢٠، عنبر :المرجع السابق ص ٣٩•

للعمل القانوني [٢٠].

على أن التمييز بين عقد المقاولة وعقد الوكالة، يجرنا إلى البحث عن الطبيعة القانونية للعقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري، لمعرفة هل هو عقد مقاولة أم عقد وكالة [٢١]. والذي يدعونا لهذا، هو أن هذا العقد - كغيره من عقود أرباب المهن الحرة - تغلب الصفة الذهنية على مايرد عليه من عمل، إلى جانب الصفة المادية أو المادية والقانونية معا على حسب الأحوال.

ولما كانت الوكالة في القانون الروماني لاتقتصر على التصرفات القانونية فقط، وإنما تمتد لتشمل الأعمال المادية، لذلك فقد ذهب الرومان في تكييفهم لعقود أرباب المهن الحرة، إلى أنها عقد وكالة، وليس عقد إجارة أعمال، سموا بأصحاب هذه المهن عن أن يكونوا أجراء، مثلهم مثل العامة والأرقاء، وذلك لما تتميز به أعمالهم من أداء عقلي وابتكار ذهني، يجعلها في مرتبة أسمى مما يؤديه عامة الأجراء من أعمال يدوية، كان الرومان ينظرون إليها نظرة احتقار وازدراء [٢٢].

ولقد ترتب على هذا التكييف أن أصبح صاحب المهنة الحرة في القانون الروماني، لايتقاضى أجرا ملزما من الطرف الآخر شأنه في ذلك شأن الوكيل، إلا أن القانون الروماني لم يلبث وأن تحايل على هذا الوضع، وانتهى بالتسليم لصاحب المهنة الحرة أن يطالب بأتعاب عن عمله، وذلك لا عن طريق دعوى الوكالة، وإنما بدعوى غير عادية [٢٣].

---

(٢٠) اسماعيل غانم : عقد العمل ط ١٩٦١ - ١٩٦٢ بند ٦٧ ص ٣٣
شنب : عقد المقاولة : بند ٢٤ ص ٣٣ .

(٢١) اخترنا هذا العقد، كمثال، من عقود أرباب المهن الحرة، وذلك لارتباطه بموضوع بحثنا، واكتفينا به لأن ما يقال عنه ينطبق في الغالب - على باقي عقود هذه الطائفة .

(٢٢) مينفييل : المرجع السابق . بند ٨٥ ص ٨٤ وما بعدها ويشير في هامش ٣٢٦ ص ٨٥ إلى جيرار : الموجز في القانون الروماني ط ٣ باريس ١٩٠١ ص ٥٨٢ .

(٢٣) السنهوري : الوسيط ج ٧ - ١ بند ٥ ص ١٦ هامش ٢ .

ولقد ظل القضاء الفرنسي (٢٤) ،يؤيده بعض الفقه (٢٥) أمينا على ما ورثه من تقاليد القانون الروماني ،فتواتر قضاؤه ، ردحا طويلا من الزمن ، على أن العقد الذى يبرمه المهندس المعماري مع عميله إنما هو - كغيره من عقود أرباب المهن الحرة - عقد وكالة مأجورة وليس عقد إجارة عمل .(٢٦) ساعيا من وراء ذلك إلى ترتيب آثار الوكالة . من ارتباط رب العمل بالعقود التى يبرمها المهندس المعماري باسمه ،والتزامه بالحساب الذى يجريه مع مقاول البناء، وإقرار حق المحاكم فى مراجعة الأجر المتفق عليه بين المهندس المعماري ،ورب العمل (٢٧).

إلا أن الرأى الغالب الآن فقهـــــــــــــــــــــــــــا (٢٨)

---

(٢٤) عرائض فى ١١ من نوفمبر ١٨٨٥ دالوز ١٨٨٦ - ١ - ٣٩، فى ١٠ من يونية ١٨٩٨ دالوز ١٨٩٨ - ١ - ٣٦٧ ،نقض مدنى فى ٣ من نوفمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٧٧ تعليق مينفييل ،عرائض فى ١٩ من يونيو ١٩٢٩ . دالوز ١٩٣٠ - ١ - ١٦٩ تعليق مينفييل . نانتوا ، فى ١٣ من نوفمبر ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٤١ تعليق مينفييل، إميان فى ٢٥ من أكتوبر ٢٤ دالوز الدورى ١٩٢٤ ص ٧٠٧ ، السين فى ١٦ من ديسمبر ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٥٧ تعليق مينفييل ،باريس فى ١٧ من مايو ١٩٣٩ دالوز الدورى ١٩٣٩ ص ٣٩٤ .

(٢٥) أوبرى ورو: المرجع السابق ج ٥ بند ٣٧١ مكرر ص ٣٨٨، جيلوار " Traité du contrat de louage, t.II,1891 " بند ٦٩٦ ص ٢٦٠.

(٢٦) مستندا فى ذلك إلى عموم نص المادة ١٩٨٤ مدنى فرنسى التى لم تفرق فى تعريفها للوكالة بين عمل قانونى ومادى (انظر فى ذلك كولان وكابيتان ج ٢ ص ٩٢٨ ،محمد كامل مرسى ، العقود المسماه ج ١ بند ١٥٣ ص ٣٠٣) .

(٢٧) بلانيول وريبير ورواييت : ج ١١ بند ٩١١ ص ١٤٤ . وشنب : عقد المقاولة : بند ٢٥ ص ٣٤ والأحكام المشار إليها فيه فى هامش ٤ ،٥ من ذات الصفحة .

(٢٨) راجع فى ذلك : من الفقه المصرى : محمد كامل مرسى العقود المسماة ج ٤ بند ٥٧١ ص ٤٧٦ وما بعدها . شنب : عقد المقاولة بند ٢٦ ص ٣٤ وما بعدها ، السنهورى: الوسيط ج ٧ - ١ بند ٥ ص ٢١ - ٢٢ . الدورى : المرجع السابق . ص ٢٩ ،عنبر : المرجع السابق بند ١٨ ص ٣٠ - ٣١ . وانظر عكس ذلك محمد ناجى ياقوت (مرجع سابق) ص ٢٧ هامش ٢١ بها. ومن الفقه الفرنسى : مينثييل : فى رسالته . بند ٩٣ ، ٩٤، ص ٩٢ وما بعدها . بيدان ورودبير : ج ١٢ بند ١٧٨ ص ١٩٢ وما بعدها، بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩١٠ ص ١٤٣ ،بريكمونت : "La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge at droit français "Bruxelles - Paris 19652 éd..

=

وقضاء (٢٩) وفي كل من مصر وفرنسا يذهب الى أن العقد الذى يبرمه المهندس المعمارى مع رب العمل ،ليس - بحسب الأصل - من طبيعة عقد الوكالة ،لأن مهمة المهندس المعمارى - بحسب طبيعتها - هى مهمة مادية خالصة ،تتمثل فى وضع التصميمات والرسومات والخرائط المساحية وعمل المقايسات اللازمة للبناء ،ثم الإشراف على تنفيذ هذه الرسومات والمقايسات، وهذه كلها من قبيل الأعمال المادية ،وإذا تميزت بشئ فإنما تتميز بأن ناحية الفكر فيها غالبة ،ولكن هذا لايمنع من أن تكون أعمالا مادية ،لاتصرفات قانونية ٠ .

والمهندس المعمارى فى قيامه بهذه المهام ،وإن كان يعمل لحساب رب العمل ،إلا أنه لايمثله ،ولا ينوب عنه ،بل يعمل باسمه الخاص، ومن حيث إنه فى مباشرته لمهمته هذه بعمل مستقلا عن رب العمل، بحيث لايخضع لإشراف أو رقابة من هذا الأخير ،لذا فإن العقد المبرم بينهما لايكون إلا عقد مقاولة ،وليس وكالة ٠

وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية " ٠٠٠٠ وإنه (أى المشرع المصرى) إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعمارى ،ضمن أحكام عقد المقاولة ،فما ذلك إلا ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايسة، ومراقبة التنفيذ، من نوع الأعمال المادية للمقاولات ،يندرج فى صورها وإن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال ،لايمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية ،لا من قبيل التصرفات القانونية، فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقاولة الى الوكالة ،مما يوجب تطبيق أحكام

=بند٢ ص٩١وما بعدها فلاموولوباف : بند١٢،١٢ص٣٦-٣٨٠

٢٩) نقض مصرى فى ١٩ من مارس ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ - ق ١٠٦ ص ٦٨٨ " سابق ،فى ١٩٦٧/٥/١٦ مجموعه أحكام النقض س ١٨ ق ١٥٠ ص ١٠٠٥ وما بعدها ،وفى الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٥ق جلسة ٢ فبراير ١٩٧٢ ذات الموضع س ٢٣ ق ١٩ ص ١٢١،فى ٩ مارس ١٩٧٢ بذات الموضع س ٢٣ ق ٥٩ ص ٣٧٦ سابق ،القاهرة الابتدائية ١٩٥٧ /١/٧، قضية ١٨٥٥ لسنة ١٩٥٦ مشار إليها فى اسماعيل غانم - المرجع السابق ص ١١٦ هامش ١ ٠

ومن القضاء الفرنسى : نقض مدنى فى ١٦ من مارس ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٥- ١ - ٣٥٢،وفى ٣ من نوفمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧-١-٧٧،وفى ٢١ من يناير ١٩٦٣ جازيت دى باليه ١٩٦٣-١-٣٣٣،فى ٢ من فبراير ١٩٦٥ الأسبوع القانونى ١٩٦٥/ ٤٠٨٩/٢،فى ١٩ من فبراير ١٩٦٨ جازيت دى باليه ١٩٦٨=

عقد المقاولة عليه [٣٠].

ولا يمنع هذا أن يكلف رب العمل المهندس المعماري بالقيام ببعض الأعمال، التي تعد من قبيل التصرفات القانونية، كأن يكلفه بشراء قطعة الأرض التي سيقام عليها البناء، والتعاقد مع المقاولين اللازمين لتنفيذ المشروع، ومراجعة حساباتهم، وإجراء التسويات بشأنها، ودفع الباقي المستحق الذي يسفر عنه الحساب الختامي للعملية لمستحقيه، واستلام العمل بعد إنجازه من المقاول ومراجعته وفحصه وتحري مدى مطابقته وذلك في غيبة رب العمل. فكل هذه أعمال قانونية، يمكن لرب العمل أن يعهد بها إلى المهندس المعماري، ويكون هذا الأخير - إذ يباشر هذه الأعمال - وكيلا عن رب العمل فيها، تسري بشأنها أحكام عقد الوكالة، وليست تلك التي تختص بعقد المقاولة [٣١]

ولكن يشترط لهذه الوكالة أن تكون صريحة، أو على الأقل أن تكون ظروف الحال قاطعة في الدلالة عليها ويستعان في ذلك بما جرى عليه العمل في مثل الظروف التي يراد فيها استخلاص توافر هذه الوكالة، أو عدم توافرها، إنما لا يكفي للقول بوجود وكالة ضمنية

= ٢- ١٤٦ تعليق دوسيه، باريس في ١٩١١/١١/١٦ جازيت دي باليه ١٩١٢ - ١ - ٢٢، باريس في ٥ من ديسمبر ١٩٦٩ جازيت دي باليه ١٩٧٠ - ٢ - ٥٥، استئناف باريس في ٢٥ من أكتوبر ١٩٧١ جازيت دي باليه ١٩٧٢ - ١ - مختصر ص ٣٥.

(٣٠) طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ مذكور بالهامش السابق.

(٣١) كولان وكابيتان: ج ٢ بند ٧٠٨ - ٧١٠، ص ٦٣٤ وما بعدها بلانيول وريبير ورواست: ج ١١ بند ٩١٠ ص ١٤٤ مازو وجيجلار: بند ١٣٣٤ ص ٧٤٦ وما بعدها. محمد كامل مرسي: العقود المسماه ج ٤ بند ٥٧١ ص ٤٧٦ وما بعدها، السنهوري: الوسيط ج ٧ ١ بند ٥ ص ١٨، ٢٢ الدوري: المرجع السابق ص ٣٠ نقض مدني فرنسي في ١٧ من ديسمبر ١٩٦٤ دالوز ١٩٦٥ ملخص ص ٧٥، في ٢ من فبراير ١٩٦٥ الأسبوع القانوني ١٩٦٥ / ٣/ ١٤٠٨٩، في ٨ من يناير ١٩٧٠ بيلتان مدني ٣ - رقم ١٣، نقض مصري في ١٩٧٢/٣/٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ ق ٥٩ ص ٣٧٦ (سابق).

مجرد تكليف صاحب البناء للمهندس المعماري بالإشراف على العمل[٣٢]. كما وأن المهندس المعماري الذى يدفع حساب المقاول من غير أن يكلف هذه المهمة ،لايقيد المالك بهذا الوفاء [٣٣]. كما قضى بأن المهندس المعماري المكلف بوضع التصميمات ،لاصفة له فى التعاقد مع المقاولين باسم رب العمل ،إلا إذا كان قد خول ذلك ،صراحة أو ضمنا ،من جانب هذا الأخير [٣٤]. هذا وإثبات الوكالة يكون طبقا للقواعد العامة فى الإثبات ،ويقع على من يدعى وجودها عبء إثباتها [٣٥].

يتضح مما تقدم ،أنه يجوز أن يتضمن العقد الذى يبرمه المهندس المعماري مع رب العمل ،بالإضافة إلى قيامه بالأعمال المادية التى هى صلب عملية المقاولة ،أعمالا قانونية يؤديها المهندس المعماري لحساب وباسم رب العمل ،وتطبق أحكام كل من العقدين فى نطاقها الخاص بها متى كان ذلك متيسرا ،أما إذا اختلط

---

(٣٢) شنب : عقد المقاولة . بند ٢٦ ص ٣٥ ،نقض مدنى فرنسى فى ٣ من نوفمبر ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٧٧ - تعليق مينفييل باريس فى ١٧ من مايو ١٩٣٩ دالوز ١٩٣٩ - ٣٩٤ .

(٣٣) نقض مدنى فرنسى فى ١٩ من ديسمبر ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ٢٦٢ فى ٧ من أكتوبر ١٩٦٣ بيلتان ١ - رقم ٤١٤ ،فى ٨ من مارس ١٩٦٨ بلتان ٣ رقم ١٠٣ ،فى ٢١ من مايو ١٩٧٤ بيلتان ٣ رقم ٢١٩ .

(٣٤) نقض مدنى فرنسى فى ٢٠ من يوليو ١٩٢٧ دالوز الدورى ١٩٢٧ ص ٤١٥ ،إميان فى ١٥ من أكتوبر ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٥- ١ - ١١٠ مشار إليه فى شنب . ص ٣٦ هامش ١ .

(٣٥) انظر بودرى وقال : فى الوكالة بند ٥٠٧ .
السنهورى : الوسيط ،ج ٧ - ١ بند ٢٢٤ ص ٤٠٧ .
نقض مدنى فرنسى فى ١٤ من نوفمبر ١٩٧٠ .بيلتان ٣ رقم ٦٠٤.

الأمر، كما يحدث أحيانا، بحيث أصبح من المتعذر التمييز، كما هو الحال بالنسبة لمسألة الأجر أو الأتعاب، غُلبت أحكام عقد المقاولة باعتباره سيد هذا المجال، إذ هو ما يتبادر إليه الذهن عند الإطلاق .(٣٦).

والحقيقة أن تكييف العقد على أنه عقد مقاولة، أو عقد وكالة، يقتضى من القاضى الرجوع إلى ما أفرغه المتعاقدان فيه من عناصر، وما اتجهت إليه نياتهما لترتيب أحكام أى من العقدين، وتحديد حقوق الطرفين تبعا لذلك (٣٧).

ولذلك تقول محكمة النقض المصرية : " .... إنه لما كانت العبرة فى تكييف العقد والتعرف على حقيقة مرماه، وتحديد حقوق الطرفين فيه، هو بما حواه من نصوص، .... وكان يبين مما تم الاتفاق عليه، أن الطرفين أفرغا فى العقدين جميع عناصر عقد المقاولة، ولم يرد بأى منهما ما يدل على قيام المطعون عليه بالعمل تحت إشراف الطاعنين، أو بوصفه تابعا لهما، أو نائبا عنهما، وكان ما تعهد المطعون عليه القيام به فى كلا العقدين لم يتجاوز العمل المادى .... ومن ثم فلا يصح اعتبار العقدين المبرمين عقدا وكالة، بل عقدا مقاولة، ...." (٣٨)

---

(٣٦) بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩١٠ ص ١٤٤، شنب عقد المقاولة، بند ٢٧ ص ٣٦ .

السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ بند ٥ ص ٢٢ .

(٣٧) الدورى : فى رسالته السابقة ص ٣١، عنبر : المرجع السابق ص ٣٥ .

(٣٨) نقض مدنى مصرى بجلسة ١٩٧٢/٣/٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ٩٥ ص ٣٧٦ . سبق الإشارة إليه .

الفرع الثانـــى

التمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع (١)

عرفت المادة ٤١٨ من القانون المدنى المصرى ،عقد البيع على الوجه التالى "البيع عقد يلتزم به البائع ،أن ينقل للمشترى ملكية شىء،أو حقا ماليا آخر ،فى مقابل ثمن نقدى " .

من هذا التعريف التشريعى لعقد البيع ،يتضح أن موضوعه نقل ملكية شىء معين .... فى مقابل ثمن نقدى .

ولقد سبق أن عرفنا أن عقد المقاولة ينصب على عمل المقاول، سواء تمثل هذا العمل فى صنع شىء معين ،أو كان عملا آخر غير الصنع، كمقاولة نقل،أوتوريد،أو عرض مسرحى مثلا .

وعلى ذلك،فقد يبدو للوهلة الأولى أن ليس ثمة تعارض بين العقدين ،فلكل موضوعه ومجال عمله المستقل تماما عن الاخر ،فلا وجه لتخصيص هذا الفرع من البحث للتمييز بينهما ،ولكننا نسارع إلى القول بأن هذا النظر يعيبه الشمول ،ويعوزه التخصيص ،فهو إذ يصح من وجه ،تنقصه الصحة من وجه آخر .

---

(١) للوقوف على الأهمية العملية للتمييز بين العقدين ،

انظر : من الفقه المصرى : شنب : عقد المقاولة . ص ١٥ هامش ١ السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ ص ٢٣ هامش ٣ ،عنبر : المرجع السابق ص ٣٦ وما بعدها .

ومن الفقه الفرنسى : بريكمونت : المرجع السابق . بند ٦ ، ص ١٣ وما بعدها ،فلام ولوباف : المرجع السابق بند ٢٢ ص ٤١أ.دلفو: المطول القانونى للبنائين Traité juridique des bâtisseurs ط ٢ . ج ١ . بروكسل ١٩٦٨ بند ٢٥ ص ٤١،الاساتذة مازو وجيجلار: المرجع السابق : بند ١٣٣٧ ص ٧٤٩ ،وما بعدها. ب . بويلى : المرجع السابق . بند ١٩ ص ٤ ،بند ٢٣ ص ٥ .

وبيان ذلك : أن المشرع - سواء المصرى (م ٦٤٧ مدنى) أو الفرنسى (م ١٧٨٧ مدنى) - قد جعل للمقاولة صورتان:[٢] صورة يقتصر فيها المقاول على تقديم عمله فقط ، سواء كان هذا العمل متعلقا بصنع شئ ،أو غير ذلك من الأعمال التى تصح أن تكون محلا للتقاول [٣] ،وأخرى لايقتصر دوره فيها على ذلك ،بل يتعداه إلى تقديم المواد التى تلزم لصنع الشئ المتقاول على صنعه ،وبينما يصدق ذلك النظر ،فى الصورة الأولى ،حيث يكون محل عقد المقاولة عملاً فقط ،نراه لا يتفق والصورة الثانية ،حيث تقع المقاولة على عمل ومواد تنتقل ملكيتها بالضرورة من المقاول إلى رب العمل، مما يوجد نوعا من الشبه المشكل بين العقدين ،أعوزتنا الحاجة الى بيانه تخصيص هذا الفرع من البحث له .

---

(٢) م ٦٤٧ مدنى مصرى " ١ - يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله ،على أن يقدم رب العمل المادة ٢٠٠ - كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا " .

م ١٧٨٧ مدنى فرنسى : Art. 1787 C.Civ. " Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage , on peut convenir qu'il faurnira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière"

(٣) ونلاحظ أن الأستاذ الدكتور السنهورى قد أطلق على هذه الصورة تسمية " عقد الاستصناع " انظر : (الوسيط جـ٧ - ١ فقرة ٦ ص ٢٣ هامش ٢ ،بينما نجد سيادته يقرر فى موضع آخر بأنه يشترط لعقد الاستصناع أن تكون المادة من الصانع ،إذ لو كانت من المستصنع كان العقد إجارة لا استصناعا ،انظر : (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ٦ ص ١٤٨ " ثالثا " فى عقد الاستصناع .

ونرى أن الصحيح هو ما ذكره فى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى أما ما جاء بالوسيط فنعتقد أنه من قبيل الخطأ المادى ،أو أنه وقع سهوا .

انظر في ذلك : م ٥٥٦ من كتاب " مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان "ط١ سنة ١٣٣٨ هجرية لمحمد قدرى باشا التى عرفت عقد الاستصناع بأنه " طلب عمل شئ خاص على وجه مخصوص ،مادته من =

مفاد هذا؛ أن عملية التمييز هذه ،تجد ضرورتها ،عندما تنصب المقاولة على صنع شئ معين،أو تشييد بناء ،أو إنشاء سفينة، إلى غير ذلك ،مما يصح أن يكون محلا لمقاولة ،ويكون المقاول ملتزما،في نفس الوقت وبمقتضى عقد المقاولة ذاته ،بتقديم المواد اللازمة لصنع الشئ ،أو تشييد البناء ،أو إنشاء السفينة،وواضح أن مثل هذه العملية من التعاقد تقتضى بالضرورة أمران:(٤)

أولهما : هو قيام المقاول بصنع الشئ أو تشييد البناء، أو إنشاء السفينة وذلك بمواد من عنده .

وثانيهما : هو انتقال ملكية الشئ المصنوع بناء على العقد إلى رب العمل .

فهل نحن فى هذه العملية أمام عقد مقاولة ،محله صنع شئ، أم أمام عقد بيع لشئ سيصنع فى المستقبل . وبمعنى آخر . ماهى الطبيعة القانونية لهذه العلملية ؟ وهل يمكن تكييفها على أنها عقد مقاولة ،أم عقد بيع شئ مستقبل ،أم خليط من هذا وذاك (٥).

= الصانع " .

وانظر أيضا : دافيد : فى رسالته " عقد الاستصناع " le marché à façon ,étude sur la vente d'objets fabriqués sur commande" باريس سنة ١٩٣٧ ،ص ٢٢ ،بلانيول وريبيروروواست ،المرجع السابق بند ٩١٢ ص١٤٨ هامش ٢ ،شنب : عقد المقاولة بند ١٠ ص١٦ وهامش ٢ بها .

(٤) شنب : عقد المقاولة . الهامش السابق .

(٥) يسمى الفقه الإسلامى هذا العقد " بعقد الاستصناع" وعرفوه بعدة تعاريف حاصلها أنه عقد على مبيع موصوف في الذمة، مطلوب صنعه ،مادته من الصانع وصورته عندهم: أن يتفق شخص مع نجار مثلا على أن يصنع له دولابا بأوصاف معينة ،نظير أجر معين على أن، الخشب من الصانع (انظر فى عقد الاستصناع فى الفقه الإسلامى،على المذهب الحنفى ،بدائع الصنائع ،للكاسانى جـ٥ ص ٢ وما بعدها .

وأنظر فيما سبق ص٣٣ وما بعدها . والمراجع المشار إليها هناك .

اختلفت آراء الفقهاء ،وتباينت اجتهاداتهم - وكذلك القضاء - فى مسألة تكييف هذا العقد ،وذهبت فى ذلك مذاهب شتى، نحاول أن نوجزها فى النقاط التالية :

١) فذهب رأى أول ،إلى أن العقد فى مثل هذه العملية ،هو عقد مختلط ،يمتزج فيه كل من البيع والمقاولة. دليل ذلك: احتواؤه على موضوعى كل من العقدين ، فهو يرد على العمل ،وهو موضوع عقد المقاولة ،كما يرد على انتقال ملكية الشئ المصنوع ، وهذا هو موضوع عقد البيع ،ومتى كان الأمر كذلك ،فلا يمكن اعتباره عقدا بسيطا ،مقاولة فقط أو بيعا فقط . إذ أن الأحكام المنفردة لكل من العقدين ،تعجز بالضرورة عن ضبط المسائل التى يثيرها مثل هذا العقد (٦).

ويبدو أن هذا ما يذهب إليه بعض فقهاء الحنفية ،حيث يقررون أن الاستصناع فيه معنى عقدين جائزين ،وهما : السلم والإجارة؛ ذلك أن السلم عقد على مبيع فى الذمة، واستئجار الصانع يشترط فيه العمل (٧).

كما وأن هذا أيضا هو ما ذهب إليه كاسيوس Cassius من فقهاء الرومان ،ذلك أنه حلل هذه العملية الاقتصادية الواحدة إلى

---

(٦) بلانيول : فى تعليق له على نقض مدنى فرنسى فى ١٨ من أكتوبر ١٩١١ دالوز الدورى ١٩١٢ - ١ - ١١٣ . بيدان ورودبير: المرجع السابق ج ١٢ بند ١٨١ ص ١٩٦ ،بلانيول وريبير ورواست : بند ٩١٢ ص ١٤٨ . فان هيك : فى تعليق له بالمجلة الانتقادية للقضاء البلجيكى ١٩٥١ ص ١٠٧ وما بعدها، مادلين جيفرس " مسئولية المقاول عن العيوب فى الصنعة التى لا تخضع للضمان العشرى " نشرة التامينات البلجيكية ١٩٥٨ ص ١٤٤ . وانظر حكم محكمة كولمار فى ١٤ مارس ١٩٣٧ مجلة الإلزاس واللورين ١٩٣٧ ص ١١٣ ،بروكسل ٢١ إبريل ١٩٥٩ مجلة القضاء التجارى ببروكسل ١٩٥٩ ص ٣٤٧ ،نقض بلجيكى فى ٣ إبريل ١٩٥٩ المجلة الانتقادية للقضاء البلجيكى ١٩٥٩ ص ٢٠٨ .

ويذهب إلى هذا الرأى من الفقه المصرى محمد كامل مرسى العقود المسماه ج ٤ بند ٥٧٣ ص ٤٧٩ ،ج ٦ بند ١٨ ص ٢٩ . وانظر أيضا نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ١٨٧ لسنة ١٨ ق جلسة ١٤ من ديسمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ .

(٧) انظر فى ذلك : بدائع الصنائع - للكاسانى ج ٥ ،ص ٣ ، السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٣ ص ٧٨ .

عقدين : عقد بيع، يقع على المواد الأولية التي وردها المقاول، متمما بعقد مقاولة على صنع هذه المادة على الوجه المطلوب [٨].

ويؤخذ على هذا الرأي بحق ،أنه وإن بدا يسد النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط ،فهو يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع ،كما هو الأمر فيما يتعلق بطبيعة العوض وتحديده، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة ،إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين ،وهو ما يؤدي إلى التحكم في أغلب الأحيان [٩].

كما يأخذ عليه البعض أيضا، وبحق ،تعارضه مع المادة ٦٤٧/٢ مدني مصري والمادة ١٧٨٧ مدني فرنسي ، اللتان تجيزان صراحة أن يقدم المقاول المادة والعمل معا ،فمؤدى هذا أن العقد مقاولة [١٠].

كما يقرر البعض، أيضا، أن انتقال ملكية الشيء ، الذي يعد من عناصر عقد البيع ،ينطوي بذاته على القيام بصنع الشيء ، اذا لم يكن موجودا عند التعاقد ،ولكن يمكن أن يتم صنعه في المستقبل ولهذا ليس ثمة ما يحول دون أن يكون مثل ذلك العقد عقد بيع [١١].

---

(٨) انظر في ذلك : مدونة جستنيان في الفقه الروماني ص ٢٣٠ ،ترجمة عبد العزيز فهمي عام ١٩٤٦ حيث جاء بها " .....وقد ارتأى كاسيوس أنه يتضمن عقدين ،بيعا للذهب وإجارة للعمل ....." وانظر أيضا الاساتذة مازو جيجلار: المرجع السابق بند ١٣٣٦ ، ص ٧٤٨ ،والمراجع المشار إليها بهامش ٣ بها .

(٩) جرسران "Cours de droit civil positif francais" éd. 1933 ج ٢ بند ١٣١٥ ،شنب : عقد المقاولة بند ١١ ص ٧٧ ،فلام ولوبساف : المرجع السابق بند ٣٢ ص ٤٤ ،أ.دلفو : المطول القانوني للبنائين. ط ٢ بروكسل ١٩٦٨ بند ٢٥ ص ٤٣ .

(١٠) دي باج : ج ٤ بند ٨٧٣ ،بريكمونت : المرجع السابق بند ٩ ص ١٧ ،د. يوبلي المرجع السابق بند ١٨ ص ٤ .

أنور سلطان و جلال العدوي : العقود المسماة - عقد البيع ١٩٦٦ بند ٧٥ ص ٥٨ .

(١١) أنور سلطان وجلال العدوي : الهامش السابق

٢) كما ذهب رأى ثان : إلى أن هذا العقد يعتبر مقاولة ابتداء وبيعا انتهاء .

بمعنى أنه عقد مقاولة حالة قيام العمل واستمرايته ، أما إذا أصبح الشىء تام الصنع، وسلم لرب العمل، صار العقد بيعا لهذا الشىء المصنوع، ينقل ملكيته إلى رب العمل الذى يعتبر مشتريا فى هذه الحالة (١٢). وهذا الرأى شبيه بقول بعض العلماء فى الفقه الإسلامى ، أن هذا العقد ينعقد إجارة ابتداء وبيعا انتهاء (١٣).

ونلاحظ على هذا الرأى قربه من سابقه ، بل هو تطبيق له فى شكل آخر ، ذلك أن كلا منهما يهدف إلى تطبيق قواعد كل من عقدى البيع والمقاولة على هذا العقد كل فى مجاله ، غاية ما فى الأمر أن الرأى السابق لم يحدد نطاقا زمنيا معينا تسرى فيه أحكام كل من العقدين على حدة ، كما ذهب هذا الرأى ، بمعنى أنه إذا كان الرأى السابق يطبق أحكام كل من العقدين متعاصرة ، فإن هذا الأخير يطبقها متعاقبة (١٤).

---

(١٢) أوبرى ورو واسمان : جـ ٥ ط ٦ بند ٣٧٤ ص ٤٠٠ هامش ٢ وقد استخلص هذا الرأى من عبارة " يكون العقد بيع شىء بمجرد صنعه " التى كانت واردة بالفقرة الثالثة الملغية من مشروع المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى ، بودرى وفال : " Traité théorique et pratique de droit civil » جـ ٢ بند ٣٨٧٢ ص ١٠٧٥ ، السنهورى : الوسيط جـ ٧ - ١ بند ٦ ص ٢٦ هامش ٣ . وفلام ولوباف : المرجع السابق بند ٤٦ ص ٤٢ .

(١٣) الضرير : المرجع السابق ، ص ٦٠ .

(١٤) انظر فى العقد المختلط : عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام، جـ ٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ص ١٢٠ ومابعدها السنهورى : الوسيط ، جـ ١ بند ٥٣ ص ١٦٩ وما بعدها ، عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ط ١٩٦٩ بند ٦١ ص ٧٧ وما بعدها . على أن القائلين بهذا الرأى يقررون مع ذلك بقاء بعض أحكام المقاولة سارية حتى بعد تنفيذه وتسليم الشىء المصنوع إلى رب العمل ، ومن هذه الأحكام ضمان الصانع لعمله ، فهذا الضمان تسرى عليه أحكام المقاولة لا أحكام البيع . (أوبرى ورو وإسمان - الهامش السابق) .

ويعيب هذا الرأى - بالإضافة إلى مآخذ سابقة - أنه يكيف هذا العقد تكييفين مختلفين تبعا لانعقادة وتنفيذه ،فهو مقاولة فى انعقاده ،وحتى تمام تنفيذه ،ثم ينقلب بعد تمام تنفيذه بيعا، والمعلوم أن تكييف العقد ،إنما يتم وقت انعقاده لاوقت تنفيذه، فإذا ما حددت طبيعته وقت الانعقاد لازمته حتى انتهائه (١٥).

٣) ولقد ذهب فريق ثالث : إلى أن العقد فى هذه الحالة هو عقد بيع ،محله شئ يتم صنعه فى المستقبل : وسند هذا الرأى؛ أن المتعاقدين إنما انصب قصدهما من التعاقد على الحصول على شئ معين ،ولما كان هذا الشئ غير موجود عند التعاقد - إذ لو كان موجودا لكان العقد بيعا لشئ حاضر - لزم أن يقوم المقاول بصنعه فى المستقبل ،لذلك كان البيع بيعا لشئ مستقبل ،أما عمل المقاول ،فقد جاء تبعا وليس أصلا ،إذ هو مجرد وسيلة لتنفيذ الالتزام بإيجاد الشئ المطلوب صنعه (١٦).

---

(١٥) جودميه فى تعليقه على نقض فرنسى فى ١٨ من أكتوبر ١٩١١ سيرى ١٩١٢ - ١ -٤٤٩ ،كوست " Coste " فى رسالته عن الطبيعة القانونية لعقد المقاولة، " Essai sur la nature juridique de contrat d'entreprise تولوز ١٩١٣ ص ١٠٤ ،بودرى وفال ج ٢ بند ٣٨٧٢، ص ١٠٧٥ ،بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩١٢ ص ١٤٨ هامش ١ ،بوبلى المرجع السابق بند ١٨ ص ٤ • شنب : عقد المقاولة بند ١٢ • ص ١٧ والمراجع المشار إليها بهامش ٢ بها ، السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ بند ٦ آخر هامش ١ ص ٢٥ وهامش ٣ ص ٢٦ وما بعدها ، أنور سلطان وجلال العدوى : المرجع السابق ص ٧٦ ص ٥٨ •

(١٦) لوران LAURENT " Primcips de droit civil français" ج ٢٦ بند ٥ ،بودرى وفال ج ٢ بند ٣٨٧٢ ،جاك دلفو • حقوق والتزامات المهندسين • المعماريين " Droits et obligations des architectes باريس - بروكسل ١٩٣٠ بند ٨ ،هيك ج١٠ بند ٤١٤• مادلين جيفرس المقال السابق ص ١٤٧ •

ومن الفقه المصرى : انظر فى عرض هذا الرأى : أنور سلطان العقود المسماه • البيع • ط ٢ ١٩٥٢ بند ٢١ ص ٣١ ، البدراوى، عقد البيع ط ١ ١٩٥٧ بند ٦٩ ص ١٠٣ ،منصور مصطفى منصور: مذكرات فى القانون المدنى : العقود المسماة • البيع والمقايضة والإيجار ط ١٩٥٧ بند ١٢ ص ٢٤ ،وفى عرضه والتعليق عليه ،شنب :عقد المقاولة بند ١٣ ص ١٧ •

السنهورى : الوسيط • ج ٧ - ١ بند ٦ ص ٢٥ وما بعدها أنور سلطان وجلال العدوى - المرجع السابق بند ٧٧ ص ٥٨ ومابعدها•

وقد استند أنصار هذا الرأى فى فرنسا إلى مفهوم المخالفة الذى استخلصوه من المادة ١٧١١ مدنى فرنسى ،والتى تقضى بأن العقد يكون مقاولة إذاكانت المادة مقدمة من رب العمل، فمفهوم المخالفة لهذاالنص ،أن العقد لايكون مقاولة ،إذا كانت المادة من الصانع ،فالعقد إذن لايكون إلا بيعا . لاسيما وأن مشروع المادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى ،كان يشتمل على فقرتين أخريتين ،تجريان على الوجه الآتى : " ٢ - " وفى الحالة الأولى (حيث المادة يقدمها رب العمل) يتمحض العقد مقاولة . ٣ - وفى الحالة الثانية (حيث المادة يقدمها المقاول) يكون العقد بيع شئ بمجردصنعه " وقد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية منها إلى قواعد تشريعية . وهذامعناه أن واضعى التقنين المدنى الفرنسى ،يكيفون العقد الذى يقدم فيه المقاول المادة على أنه بيع وليس مقاولة (١٧). وقد أخذت بعض أحكام القضاء بهذاالرأى (١٨).

ويلاحظ أن هذاالرأى هو الذى كانت عليه الفتوى ،فى القانون الرومانى ،حيث ورد أنه " اذا اتفق تيتوس مع أحد الصاغة ،على أن

---

(١٧) انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها بالهامش السابق : كولان وكابتبان ج ٢ بند ١٠٨٨ بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩١٢ ص ١٤٦ ، الأساتذة مازو وچيجلار بند ١٣٣٦ ص ٧٤٨ ارنتز دروس فى القانون المدنى ج ٣ بند ١٠٢٠ ، جيلوار: المطول فى البيع ج ٢ بند ٥٦٣ ،أ.دلفو : المرجع السابق بند ٢٥ ص ٤١ وما بعدها . السنهورى : الوسيط . ج ٧ - ١ بند ٦ . ص ٢٥ ومابعدها وهامش ١ بها . أنور سلطان وجلال العدوى : الهامش السابق .

(١٨) عرائض فى ٢٢ من يوليو ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٥ - ١ - ٣٠٣، فى ١ من أغسطس ١٩٥٠ دالوز ١٩٥١ ملخص ص ٦٨ ،سيرى ١٩٥١-١- ١٠٠، المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥١ ص ١٠٥ تعليق هيمار دوى Douai فى ١٨ يوليو ١٩٢٩ . جازيت دى باليه ٢ديسمبر ١٩٢٩ ،باريس فى ٢٤ من مايو ١٩٤٤ دالوز التحليلى ١٩٤٤ . ص ٩٩ المجلة الفصليه للقانون المدنى ١٩٤٥ ص ١٢١ تعليق كاربونييه السين التجاريه فى ٨ من ابريل ١٩٤٩ دالوز ١٩٥٠ ملخص ص ٣٦ ونقض مدنى فى ٧ من إبريل ١٨٨٦ دالوز ١٨٨٦ - ١ ص ٣٢٩ .

يأتى الصائغ بذهب من عنده ،ويصنع له منه خواتم ،بوزن مخصوص، وشكل معين ،وأن يكون للصانع فى نظير هذا مبلغ عشرة دنانير مثلا. فقد جرى التساؤل عن هذا الاتفاق ،أبيع هو أم إجارة . وقد ارتأى كاسيوس : أنه يتضمن عقدين ،بيعا للذهب ،وإجارة للعمل ،ولكن المفتى به أنه بيع فقط "(١٩).

كما وأن هذا الرأى متفق مع مذهب الحنفية فى الفقه الإسلامى؛ حيث عرفه بعضهم على أنه عقد على مبيع فى الذمة ،كما عرفه بعضهم على أنه عقد على مبيع فى الذمة ،شرط فيه العمل (٢٠) ويرجح شراح القانون البحرى هذا الرأى . بالنسبة لعقد بناء السفينة (٢١) .

ويقرر بعض الفقه الفرنسى المعاصر أن هذا الحل شبه متروك الآن ،فيما عدا حالة المنتجات الصناعية المتماثلة ،والتى تهدف إلى تكوين مخزون يسمح بالتسليم الفورى والعاجل للشىء المطلوب (٢٢)

ومما يؤخذ على هذا الرأى ،أنه جعل جل هم عملية التعاقد فى هذه الحالة هى العين ،أو الشىء المطلوب صنعة ،وكيف تنتقل ملكيته إلى رب العمل ،ولم يدخل فى اعتباره عمل الصانع فى هذه

---

(١٩) انظر فى ذلك : مدونة حستنيان فى الفقه الرومانى ص ٢٣٠ - ترجمة عبد العزيز فهمى عام ١٩٤٦،مونييه فى القانون الرومانى ج ٢ ١٩٤٨ ص ١٧٤ بند ٣١ ،بريكمونت : المرجع السابق بند ٩ ص ١٧ الأستاذة ،مازو وجيجلا بند ١٣٣٦ ص ٧٤٨ ،محمد محسن البرازقى . المرجع السابق ،ص ٢٣٠ ،محمود سلام زناتى : نظم القانون الرومانى - سابق - ص ٢١٩ .

(٢٠) راجع بدائع الصنائع : للكاسانى ،ج ٥ ص ٢ ،أحمد أبو الفتح - المرجع السابق ص٣٨٨،الضرير: رسالته السابقة ص ٤٥٧،م ٥٥٧ من مرشد الحيران "ينعقد الاستصناع على العين لا على عمل الصانع" .

(٢١) ريبير : فى القانون البحرى . ج ١ ط ٤ ١٩٥٠ بند ٣٧١ ص ٣٤٠ ،پول شوفو : فى شرح القانون البحرى عام ١٩٥٨ بند ١٢٦ ص ٩٧ ،على حسن يونس : فى أصول القانون البحرى - سابق - بند ١٥٧ ص ١٠٧ وما بعدها .
نقض فرنسى فى ١٧ من مايو ١٨٧٦ دالوز ١٨٧٨ - ١ - ٩٧ ،فى ١٠ من يوليو ١٨٨٨ دالوز ١٨٨٩ - ١ - ١٠٧ ،سيرى ١٨٨٨ - ١ - ٤٣٠ - ٣١ من أكتوبر ١٩٠٠ دالوز ١٩٠١ - ١-٦٥ سيرى ١٩٠٤ - ١ - ٣٤٣.

(٢٢) انظر ،فلام ولوباف : المرجع السابق بند ٣٣، ص ٤١ وهو يشير إلى حكم محكمة ليبيج الدائرة الثانية (غير منشور) فى ٥ من يوليو ١٩٥٥ (بند ٢٤ ص ٤٢).

العين ،وكيف أنه المقصود الأساسي في عقد الاستصناع ،بل وجوهره (٢٣) وإلا لأغنانا عقد البيع ،ولما قامت بنا حاجة إلى عقد الاستصناع هذا، فقيام العامل بالعمل في العين على الوجه المطلوب ،ركن من أركان عقد الاستصناع (٢٤)،ومعلوم أن الشئ يفوت بفوات ركنه ،والدليل على أن عمل الصانع أصل في هذا العقد ،أن الصانع لو أتى بالشئ المطلوب من صنع غيره ،أو من صنعه هو ولكن قبل العقد ،ورضى به المستصنع فإن ملكية هذا الشئ ،تنتقل لهذا الأخير ،لابمقتضى عقد الاستصناع ،وإنما بمقتضى عقد آخر ،انعقد بتراضيهما على هذا الشئ (٢٥)، كما وأن هذا مستفاد من الدلالة اللغوية لهذا الإسم ؛ إذ الاستصناع لغة هو طلب الصنعة ،فما لم يشترط فيه العمل لايكون استصناعا (٢٦)، وما أبلغ قول صاحب المبسوط في هذا الشأن " والعمل مشروط فيه ،وهذا لأن هذا النوع من العمل ،اختص بإسم فلابد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الإسم ،والاستصناع استفعال من الصنع ،فعرفنا أن العمل مشروط فيه "(٢٧).

٤) ولقد التجأ فريق آخر في حل هذه المشكلة ، إلى الاستناد إلى القاعدة الأصولية التي تقضي بأن الفرع يتبع الأصل ،فقالوا بأن العقد في هذه الحالة قد يكون بيعا ،وقد يكون مقاولة بحسب الأحوال، وذلك تبعا لقيمة كل من المادة والعمل في العقد (٢٨) فإذا كانت

---

(٢٣) دافيد : في رسالته السابقة . ص ٢٨ .

(٢٤) شنب : عقد المقاولة بند ١٣ ص ١٨ ، السنهوري : الوسيط ج ٧-١، بند ٦ ص ٢٦ أنور سلطان وجلال العدوي : المرجع السابق بند ٧٧ ص ٥٨ .

(٢٥) بدائع الصنائع . للكاساني . ج ٥ . ص ٢ . ذكره كل من شنب والسنهوري . انظر الهامش السابق .

(٢٦) م ٥٥٦ من مرشد الحيران ،والمادة ٢١٤ من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية (سابق . ص ٢٩٠ والمذكرة الايضاحية لهابذات الموضع .

(٢٧) المبسوط للسرخسي : ج ١٥ ص ٨٤ وما بعدها .

(٢٨) ويسميه البعض أيضا بالمعيار الاقتصادي أو معيار محكمة النقض الفرنسية . انظر في ذلك : فلام ولوباف : المرجع السابق بند ٢٩ ص ٤٣ ،بوبلي : موسوعة دالوز : سابق الإشارة بند ١٨ ص ٤ ،بند ٢١ ص ٥ الأساتذة مازو وچيجلار : المرجع السابق بند ١٣٣٦ ص ٧٤٨ .

قيمة المادة أكبر بكثير من قيمة العمل كان العقد بيعا ،أما إذا كان العكس ،فالعقد مقاولة (٢٩).

ويسوق هذا الفقه الأمثلة العديدة على ذلك نورد منها على سبيل المثال :

- الخياط الذى يقدم القماش إلى جانب عمله ،فهو بائع ، أما إذا اقتصر دوره على العمل فقط فهو مقاول ،رغم أنه يقدم الخيط والأزرار والإبر وخلافه من لوازم الخياطة .(٣٠)

---

(٢٩) ويبدو أن هذا هو الرأى الراجح فى الفقه والقضاء الفرنسيين : انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها بهامش ٢٨ أعلاه : بودرى وفال ج ٢ بند ٣٨٧٠ ،كولان وكابيتان ودى لاموراندير ج٢ بند ١٠٨٨ ،بلانيول وريبير وهامل ج١٠ بند ٥ ص ٧ ،بلانيول وريبير ورواست ج١١ بند ٩١٢ ص ١٤٧ ،مادلين جيفرس :المقال السابق ص ١٤٤ . وانظر فى القضاء الفرنسى : نقض مدنى فى ١ من أغسطس ١٩٥٠ سيرى ١٩٥١ - ١ - ١١٠ ،بيلتان ١ - ١٩٥١ رقم ١٨٤،فى ٢٧ من يناير ١٩٥٩ بيلتان ١ - ١٩٥٩ رقم ٤٤ ،نقض تجارى فى ٢ من يناير بيلتان ٤ - ١٩٦٨ رقم ٦١،نقض مدنى فى ١٧ من أكتوبر ١٩٧٣ جازيت دى باليه ١٩٧٣ - ٢ ملخص ص ٢٨٥،فى ٢٧ من إبريل ١٩٧٦ جازيت دى باليه ١٩٧٦ - ١ - ١٤٣،تجارى بروكسل فى ١٥ من يونية ١٩٥٧ مجلة القانون العقارى ١٩٥٨ ص ٣٣١،روان فى ٧ من يوليو ١٩٧٢ جازيت دى باليه ١٩٧٢ - ٢ ملخص ص ١٠٦ ،نانسى فى ٣٠من أغسطس ١٩٧٩ المجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٨٠ ص ١٧١ تعليق ف مالنفو وسوبلى .

ونلاحظ أن الغالبية العظمى من الفقه المصرى تذهب إلى هذا الرأى : انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى هامش١٦ أعلاه ،عبد الودود يحيى : دروس فى العقود المسماة - البيع والتأمين ط ١٩٧٨ ص ١٦، توفيق حسن فرج : عقد البيع والمقايضة ١٩٧٩ بند ٢٥، صفحة ٤٥ سليمان مرقس : العقود المسماة - مجلد١ عقد البيع ط ٤ ١٩٨٠ بند ٢٤ ص ٢٦ .

وانظر تطبيقا له فى القضاء المصرى محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ أكتوبر ١٩٣٧ - المحاماة ٨ - ٣٦١ ق ٢٦٠،والذى ذهبت فيه إلى تغليب جانب العمل فاعتبرت العقد مقاولة . وانظر أيضا س المنصورة فى ٣ من يونيو ١٩٦١ . المحاماة ص٤٣ق ٦٥٠ ،ص ١٠٨٢ .حيث تقرر المحكمة ،" أن العقد يكون بيعا إذا كانت قيمة الخامات أكبر من قيمة العمل " فمفهوم المخالفة لهذا الحكم يقتضى العكس.

(٣٠) بوتييه ج٤ فى الإيجار بند ٣٩٤ ص ١٣٤ . أنور سلطان المرجع السابق بند ٢١ ص ٢٣١

- مقاول توريد السفن إذ يقدم الخشب بالإضافة إلى عمله، فالعقد بيع لشيء مستقبل ، أما إذا وقف بدوره عند العمل فقط فالعقد مقاولة ، رغم أنه يورد المسامير والشنابر والمقابض وما شاكل ذلك من لوازم هذه الصناعة (٣١).

- من يتعهد بتوريد سيارة بعد أن يقوم ببعض إصلاحات طفيفة بها ، فالعقد يعتبر بيعا لامقاولة ، لتفاهة قيمة العمل إلى قيمة المادة (٣٢).

- الرسام يورد القماش أو الورق الذى يرسم عليه والألوان اللازمة لعمله ، فالعقد يعتبر مقاولة ، لتفاهة قيمة المادة إلى قيمة العمل فيه (٣٣).

وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن هذا المعيار لاينطبق إلا حيث يكون العقد متعلقا بمواد منقولة ، وليس بعقارات ، وبذلك أخرجت من نطاق تطبيقه العقد الذى يبرمه مقاول البناء مع رب العمل ، والذى يكون موضوعه إنشاء عقار على أرض مملوكه لرب العمل، بمواد يوردها المقاول ، إذ اعتبرت أن هذا العقد دائما مقاولة لابيعا (٣٤). وهذا ماكان يجرى عليه العمل أيضا فى ظل القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم (٣٤)م

---

(٣١) انظر المراجع المشار إليها فى هامش ٢١ أعلاه، وكذلك القضاء الوارد به .

(٣٢) السنهورى : الوسيط . ج ٧-١ بند ٦ ص ٢٦ .

(٣٣) السنهورى : الهامش السابق .

(٣٤) نقض مدنى ١٠ يونية ١٩٦٣ بيلتان ١ رقم ٣٠٢ ص ٢٧٥ .

(٣٤) م - بريكمونت : المرجع السابق بند ٩ ص ١٧ ويشير إلى كل من جيرار وبوتييه . انظر هامش ١٥ ، ١٦ بالصفحة المذكورة

ويضيف الأستاذ الدكتور السنهورى ، أنه إذا كانت قيمة كل من العمل والمادة متقاربتين ،بحيث لايصح القول بأن تستغرق إحداهما الأخرى ،يصبح العقد فى هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاولة ،فيقع البيع على المادة ،وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها ،كما تقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه [٣٥].

ونحن من جانبنا نلاحظ ،أن هذا الرأى ليس إلا مجرد تكرار للرأى الأول القائل بأن العقد مختلط من بيع ومقاولة [٣٦]. فهو إذ تكون فيه إحدى القيمتين تافهة بالنسبة إلى الأخرى يأخذ بنظرية الاستغراق ،بأن يستغرق الأداء ذو القيمة الأعظم الأداء ذا القيمة الأتفه . أما حيث تكون القيمتان متساويتين ،أو بينهما تفاوت يسير، فهو يأخذ بنظرية الجمع ،فيطبق أحكام البيع ،على المادة، وأحكام المقاولة على العمل ،وبذلك يكون قد جمع فى العملية الواحدة بين أحكام كل من العقدين ،وطبق كلا فى مجالها الخاص بها [٣٧].

وينتقد جانب من الفقه [٣٨] هذا الرأى ناعيا عليه عدم تحديد الأساس الذى يرتكز عليه ،ويرى أنه ليس من السهل أن نحدد العنصر الأساس فى العقد ،هل هو العمل أم المادة المستخدمة فيه، ومتى كان الأمر كذلك ،فلا مفر من التحكم، مع ما يؤدى إليه ذلك من نتائج غير منطقية ،ويدلل هذا الجانب على قوله بالفروض الآتية نوردها على لسانه :

---

(٣٥) السنهورى : الوسيط . ج ٤ بند ١١ ص ٣٠ وما بعدها، ج ٧ - ١ بند ٦ ص ٢٧ وهامش ٢ بها ،وانظر تطبيقا لذلك : س المنصورة فى ٣ من يونيو ١٩٦١ سابق ،حيث تقرر المحكمة ايضا " وعند تقارب القيمتان يكون العقد مزيجا بين البيع والمقاولة ".

(٣٦) راجع ص١١٢ فيما سبق .

(٣٧) راجع فى العقد المختلط ،وعرض نظريتى الاستغراق والجمع ونقدهما المراجع المشار إليها فى هامش ١١ أعلاه .

(٣٨) كوست : فى رسالته السابقة - ص ٨٩ ،بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩١٢ ص١٤٧ شنب : عقد المقاولة بند ١٤ ص ١٩ - ٢١ أنور سلطان وجلال العدوى : المرجع السابق بند ٧٩ ،ص ٦٠ ، الـدورى فى رسالته السابقة ص ٣٤ وما بعدها .

أ) يذهب أنصار هذا الرأى ،إلى أنه إذا عهد شخص إلى حائك بخياطة ثوب له من قماش يقدمه الحائك ،فإن العقد يكون بيعا لشئ مستقبل ،على أساس أن قيمة القماش أكبر من قيمة العمل، فهل حقا قيمة القماش أكبر من قيمة العمل ،وإذا كان تحديد القيمة يتم على أساس ثمن القماش الفعلى ،والأجر الذى يتقاضاه الخياط فعلا ،فلاشك أن المسألة تختلف باختلاف أنواع الأقمشة ،وباختلاف الخياطين . فهل تتغير طبيعة العقد ،فيكون بيعا إذا كان القماش من صنف مرتفع الثمن ،وكان الحائك يتقاضى أجرا أقل من هذا الثمن، ويكون مقاولة إذا كان القماش رخيصا ،وتقاضى الحائك أجرا أكثر من ثمن القماش ؟

ب) وإذا عهد إلى مثال بعمل تمثال ،فالذى يقال عادة ، إن هذا العقد مقاولة ،على أساس أن قيمة العمل الفنى الذى يأتيه المثّال أكبر من قيمة المواد المستخدمة فيه ،وهى الحجارة أو الشمع أو البرونز مثلا - ولكن ما الحكم إذا كان التمثال سيصنع من ذهب خالص ،تفوق قيمته بكثير الأجر الذى يتقاضاه المثال من عمله.؟

ج) وما الحكم إذا كانت قيمة المواد تساوى قيمة العمل، هل نعتبر العقد مركبا من البيع والمقاولة ؟ أم نغلب أحد العقدين على الآخر ؟ إن الكثيرين من أنصار هذا الرأى يرون أن العقد فى هذه الحالة يكون بيعا لشئ مستقبل ،على أساس أن هذا هو الأصل، وأنه لا يعدل عن هذا الوصف إلى وصف المقاولة ،إلا إذا ثبت أن قيمة العمل أكبر بكثير من قيمة المواد المستخدمة فى صنع الشئ (٣٩)، وواضح ما فى هذا القول من تحكم .

د) كما لوحظ أيضا على هذا الرأى بحق (٤٠) أنه يجعل تكييف

---

(٣٩) كولان وكابيتان ودى لامورانديير : المرجع السابق بند ١٠٨٨ ص ٧٢٢ ،أنور سلطان : المرجع السابق بند ٢١ صفحة ٣١ البدراوى : المرجع السابق بند ٦٩ ص ١٠٣ . بينما يرى الدكتور السنهورى أن تطبق أحكام كل من العقدين فى مجالها (السنهورى: الوسيط - ج ٧ - ١ بند ٦ ص ٢٧) .

(٤٠) الدورى : فى رسالته السابقة ص ٣٥، عنبر: المرجع السابق ص ٤٣ .

العقد غير ثابت ،بل يكون دائما متقلبا وغير مستقر ،متأثرا في ذلك بظروف الزمان والمكان ،وأثرها على قيمة كل من المادة والعمل؛ فقد ينعقد مقاولة ،لأن قيمة العمل أعلى بكثير من قيمة المادة، وقبل تمام تنفيذه قد ينقلب بيعا ،وذلك إذا ما حدثت طفرة عالمية أو محلية في الأسعار ،جعلت قيمة المواد أكبر بكثير من قيمة العمل. وقد يحدث العكس ،ومثل هذا يمكن أن يحدث أيضا تأثرا بظروف المكان؛ فقد ينعقد العقد مقاولة في مكان ما ،ومثله تماما يكون بيعا في مكان آخر ،وذلك تبعا لاختلاف قيمة كل من العمل والمادة في كل من المكانين .

وتأثرا بما سبق من انتقادات ـ نرى أنها قد أصابت من هذا الرأي مقتله ـ حاول البعض استبدال الأساس الذي يقوم عليه هذا الرأي ،بأساس منضبط، بحيث تكون النتائج التي يؤدي إليها تطبيقه نتائج منضبطة ومنطقية ،هذا الأساس الجديد ،لا يقوم على مقارنة قيمة المادة بقيمة العمل ،بل يقوم على معيارين آخرين :

أولهما : معيار الاعتبار الشخصي في العقد . بحيث يكون العقد مقاولة ،متى كانت شخصية المقاول محل اعتبار في العقد أما إذا كانت غير ذلك فالعقد بيعا لا مقاولة .

وثانيهما : معيار نية التخصيص في الصنع . بمعنى أنه إذا كان من يقوم بصنع الشيء ، يقوم بصنعه خصيصا لحساب الطرف الآخر، فعندئذ يكون العقد مقاولة ،أما إذا كان يقوم بصنعه أصلا لحساب نفسه ،ثم يعرضه للبيع بعد ذلك ،فعندئذ يعد العقد بيعا لشيء مستقبل.(٤١).

---

(٤١) أنور سلطان وجلال العدوى : المرجع السابق بند٨٠ ص٦٠ وما بعدها . وشبيه بهذا، المعيار النفسي الذي يقول به القضاء دون النقض في فرنسا؛ فهو يذهب إلى أنه إذا كان الصانع يقوم بصنع الشيء بمبادرة من عنده وبناء على برامجه الخاصة به وخططه التي يستقل بوضعها لينتج كميات كبيرة يطرحها في السوق لعامة الجمهور؛ فالعقد في هذه الحالة بيعا ،مثال ذلك . صانع السيارات الذي يتلقى طلبية =

ونلاحظ على هذه المحاولة الأخيرة أنها انتقال بالأساس الذى يقوم عليه التمييز بين العقدين من المعيار الموضوعى أو الاقتصادى وهو مقارنة قيمة المادة بقيمة العمل إلى معيار شخصى يقوم على مدى تدخل أطراف العقد فى العملية إيجابا وسلبا .

ولا يفوتنا أن ننوه هنا - وقبل أن ننتقل إلى الرأى الخامس والأخير - أن هناك من قال بأن العقد فى هذه الحالة هو عقد غير مسمى (٤٢).

ولكن هذا الرأى مرفوض من أساسه ،لأن العقد معروف باسم معين وذلك منذ أمد بعيد ،فقد عرفه الفقه الإسلامى منذ البداية وأطلق عليه إسم " عقد الاستصناع " ونظم أحكامه ورتب عليه آثاره - كما سبق بيانه فى موضعه من البحث - ثم إن العقد مسمى بالفعل فى تشريعات مختلفة فكيف يستساغ القول مع ذلك بأنه عقد غير مسمى (٤٣)؟

٥) وفى رأى خامس وأخير : ذهب قائلوه (٤٤) إلى أن العقد فى هذه الحالة هو عقد مقاولة خالصة لا بيع فيها لشئ مستقبل ،كما

= من أحد عملائه فيجيبه إلى طلبه . أما إذا كان الصانع يقوم بالعمل طبقا لطلب العميل وتحقيقا لمواصفات خاصة طلبها وطبقا لتعليماته فإن العقد يكون مقاولة ،مثال ذلك النجار الذى ينفذ منقولات حسب طلب العميل ومواصفاته (كولمار فى ٥ من نوفمبر ١٩٥٤، دالوز ١٩٥٦ ملخص ص ٢٠ ،جازيت دى باليه ١٩٥٥ - ١ - ١٥٤ ،ليبج فى ٨ من يناير ١٩٦٥ مجلة البناء فى ٥ من يونيو ١٩٦٥ ص ٢٠ .مشار إليه فى فلام ولوباف . المرجع السابق بند ٢٨ ص ٤٣) .

(٤٢) داڤيد : فى رسالته . فى عقد الاستصناع . باريس ١٩٣٧ ص ٥٦

(٤٣) السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ بند ٦ ص ٢٧ آخر هامش ٢ منها ،عنبر : المرجع السابق بند ٢١-و ص ٤٤

(٤٤) دى باج : ج ٤ بند ٨٧٣ الأساتذة مازو وچيجلار: المرجع السابق بند ١٣٣٦ ص ٧٤٨.

بريكمونت : المرجع السابق : بند ٩ ص ١٦ وما بعدها ،فلام ولو باف : المرجع السابق بند ٢٥ ص ٤٢، أ.دلفو : المرجع السابق بند ٢٥ ص ٤٢ وما بعدها والمراجع المشار اليها بهامش ٣ بها .

مادلين جيڤرس : المقال السابق ص ١٤٢ .

وانظر فى عرض هذا الرأى وتأييده من الفقه المصرى أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب . فى عقد المقاولة - بند ١٥ ،١٦ ص ٢٢، وما بعدها . =

ذهبت بعض الآراء السابقة . فموضوع التزام المتعهد ،هو القيام بعمل معين ،وهو صنع الشئ المطلوب منه ،وبدون إنجاز هذا العمل لايعتبر المتعهد أنه قد أوفى بالتزامه ،وإذاكان يترتب على صنع الشئ أن يتملكه فذلك لايعني أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية، وأنه بالتالي عقد بيع ،فتملك رب العمل للشئ الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل ،والعقود الواردة علىالملكية لاتقتصر على البيع ،فهناك الشركة ،والقرض ،والدخل الدائم والصلح ،وكذلك المقاولة ،إذا اتخذت صورة الاستصناع ،بأن كان محلها صنع شئ من مواد يقدمها المقاول (٤٥).

ويقول استاذنا الدكتور محمد لبيب شنب " أن هذا الرأي هو الجدير بالاتباع "(٤٦)ويرى سيادته أن يتفق مع مسلك التقنين المدني المصري ،الذي واجه صورتي المقاولة في تعريفه لعقد

= وإلى هذا الرأي ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي والبلجيكي ،استنادًا إلى أن المادة ١٧٨٧ مدني فرنسي لا تميز بين ما إذا كان الذي يقدم المادة ،هو رب العمل ،أو الصانع ،وأن حذف المشرع للفقرتين ٢ ،٣ من مشروع هذه المادة - كما سبق وأن رأينا - دليل على عدول المشرع عن هذه التفرقة وعلى اعتباره أن العقد مقاولة في الحالتين .

ومن هذه الأحكام : نقض فرنسي في ٢٠ من فبراير ١٨٨٣ ،دالوز ١٨٨٤ - ١ - ٣٢ ،سيرى ١٨٨٣ - ١ - ٣١٣ ،في ١٨ من أكتوبر ١٩١١دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ مع تعليق بلانيول ،سيرى ١٩١٢- ١ - ٤٤٩ مع تعليق جودميه ،في ١ من أغسطس ١٩٢٩ سيرى ١٩٣٠ - ١ - ١٧٥،ليون في ٢٣ من ديسمبر ١٨٩٢ ،دالوز ١٨٩٣ - ٢ - ٢٢٩ ،نانسي في ١ من يونية ١٩٢٦ جازيت دي باليه ١٩٢٦ - ١ - ٣٦٠ ،جاند في ١٩ من يوليه ١٨٨٢ باسيكريسي بلجيك ١٨٨٢ - ٢ - ٣٨٤،لييج في ١٣ من ديسمبر ١٩٤٩ المجلة الانتقادية للقضاء البلجيكي ١٩٥١ ص ٩٧ " بمناسبة تصنيع أثاث "،وبمناسبة سقف بناء : انظر بروكسل في ١٨ من يونيو ١٩٥٧ مجلة القانون العقاري ١٩٥٨ ص ٣٣١،ولقد شدد الحكم على قيمة الإبداع في العمل والتخصص المهني للمقاول. ،مذكور في فلام ولوباف :المرجع السابق بند ٢٥ ص ٤٢ .

(٤٥) شنب : المرجع السابق . بند ١٥ ص ٢٢ .

(٤٦) شنب : المرجع السابق . بند ١٦ ص ٢٢ وما بعدها .

المقاولة ،فى المادة ٦٤٦ منه ،وأيضا فى المادة ٦٤٧ منه وهو بصدد بيانه لالتزامات المقاول ،ولا يختلف مسلكه فى هذا عن مسلك التقنين المدنى الملغى ،وفى هذا ما يفيد أن المشرع المصرى سواء فى التقنين المدنى القديم ،أو الجديد ،أراد أن يكون العقد فى الصورتين مقاولة ،لا مقاولة فى صورة ،وبيعا فى أخرى .

كما وأن المشرع المصرى لم يورد نصا مقابلا لنص المادة ١٧١١ مدنى فرنسى الذى يقرر أن العقد مقاولة ،إذا كان رب العمل هو الذى يقدم المواد ،وهو النص الذى استخلص منه البعض بطريق مفهوم المخالفة ،أن العقد يكون بيعا إذا قدم المقاول المواد اللازمة للعمل (٤٧).

هذا بالإضافة إلى أن المشرع ،قد نظم مسئولية المقاول،عن مادة العمل . إذا كان هو الذى قدمها ،فقرر أنه يكون مسئولا عن جودتها ،وعليه ضمانها لرب العمل (م ٦٤٨ مدنى مصرى)،ولو كان العقد بيعا لاكتفى المشرع بأحكام الضمان الواردة فى باب البيع .

كذلك أجاز المشرع لرب العمل أن يتحلل من العقد ،ويوقف التنفيذ ،فى أى وقت يشاء قبل إتمامه ،دون تفرقة بين حالة ما إذا كان المقاول هو الذى قدم المواد ،أم كان رب العمل هو الذى قدمها (م ٦٦٣ مدنى مصرى) .

كما أن رخصة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ،من الخصائص التى تنفرد بها أحكام المقاولة والتى لايجوز استعمالها فى البيع (٤٨)

ويخلص سيادته من ذلك إلى أن عقد الاستصناع ،أو العقد الذى لايقتصر المقاول فيه على تقديم عمله ،بل يقدم أيضا المواد اللازمة

---

(٤٧) شنب : الهامش السابق .

(٤٨) دى باج : جـ ٤ بند ٨٧٣ ص ٨٩٤ .

لصنع الشيء المتعهد بصنعه ،يعتبر عقد مقاولة ،أى عقدا من العقود الواردة على العمل ،ولكنه أيضا عقد منشيء للملكية إذ يترتب على تنفيذه أن يصبح رب العمل مالكا للشيء المصنوع لحسابه (٤٩).

ونرى أن هذا الرأى يتفق ورأى أبى سعيد البردعى من فقهاء الحنفية ،والذى يذهب فيه إلى أن العقد فى الاستصناع يردعلى العمل والعين فيه تبع .(٥٠)ويقرب من قول الكاسانى فى بدائعه " أن الاستصناع طلب الصنع ،فما لم يشترط فيه العمل لايكون استصناعا فكان مأخذ الإسم دليل عليه "(٥١)وقول صاحب المبسوط " والعمل مشروط فيه ،وهذا لأن هذا النوع من العمل اختص بإسم ،فلابد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الإسم، والاستصناع استفعال من الصنع، فعرفنا أن العمل مشروط فيه "(٥٢).

ويىنعى البعض على هذا الرأى ما يأتى :

١) " القول بأن المقاولة تنقل ملكية الشيء المصنوع الى رب العمل ،مع بقائها مقاولة، يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلف تماما عن طبيعتها ،باعتبارها عقدا يرد على العمل ،ولم يقل أحد قبل ذلك أن المقاولة قد ترد على الملكية فتنقلها . وهى إذا وردت على الملكية فتنقلها ،فذلك إنما يكون : إما لأنها اندمجت فى عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر وهذا العقد الآخر الذى نقل الملكية فى نظير مقابل ،لايمكن إلا أن يكون بيعا ،إذا كان المقابل نقودا ،أو إلا أن يكون مقايضة ،إذا كان المقابل غير نقود .

---

(٤٩) شنب : الهامش السابق رقم ٤٦ أعلاه .

(٥٠) البابرتى فى شرح العناية على الهداية ،بهامش فتح القدير . ط ١ ج ٧ ١٣٨٩هـ ١٩٧٠م مطبعة الحلبى بمصر ص ١١٥ ، السنهورى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى : ج ٣ ص ٧٨ الضرير فى رسالته السابقة ص ٤٦٠ .

(٥١) بدائع الصنائع : ج ٥ ص ٢

(٥٢) المبسوط للسرخسى : ج ١٥،ص ٨٤ وما بعدها .

وإنه إذا كان صحيحا أن المشرع فى نصوص متفرقة ،قد أجاز أن يتعهد المقاول بصنع شئ يقدم فيه العمل والمادة (م ٦٤٧ / ٢ مدنى مصرى) وأنه فى هذه الحالة يكون مسئولا عن جودة المادة، وعليه ضمانها لرب العمل (٦٤٨ مدنى مصرى) فليس معنى ذلك أن المقاولة تبقى مقاولة محضة ،فى هذه الظروف ،ولايوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر هو الذى يقع على المادة دون العمل، ويصح القول مع ذلك أن المقاول هو الذى قدم المادة ،ويكون له بذلك دوْران "دور البائع الذى قدم المادة ، ودور المقاول الذى قدم العمل "(٥٣).

٢) كما أن هناك من يرى فى القول بأن العقد هو عقدمقاولة وليس بيعا لشئ مستقبل ،إطلاقا لايسعه أن يسلم به ،خصوصا إذا كان قيام المتعاقد بصنع الشئ ،ليس عنصرا جوهريا فى التعاقد الذى انصب أساسا على انتقال ملكية الشئ ،كما هو الشأن مثلا ،فى حالة التعاقد مع شركة النصر لصناعة التليفزيون على حجز جهاز من الأجهزة التى تقوم بصنعها (٥٤).

وجهة نظرنا فى المسألة

ونحن من جانبنا نرى أن العقد الذى يلتزم المقاول بموجبه بتقديم المادة والعمل معا هو عقد مقاولة خالصة وليس بعقد بيع لشئ مستقبل ،أو عقد مختلط . وسندنا فى ذلك :

١) أن المشرع - سواء المصرى أو الفرنسى - بإيراده لهذه الصورة من التعاقد ضمن الفصل الذى خصصه لعقد المقاولة، إنما أفصح عن قصده فى أن تخضع لأحكام هذا العقد وتترتب عليها آثاره وبعبارة أخرى قصد إلى أن تكون هذه الصورة من التعامل عقدمقاولة، وليس بعقد بيع .

(٥٣) السنهورى : الوسيط ج ٧ - ١ بند ٦ ص ٢٤ ومابعدها.

(٥٤) أنورسلطان وجلال العدوى : المرجع السابق بند ٧٨ ص ٥٩.

٢) أن المشرع نص فى الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ مدنى مصرى - والمادة ١٧٨٧ مدنى فرنسى - على أنه " يجوز أن يتعهد المقاول ،بتقديم العمل والمادة معا " وهكذا فإن المشرع قد أطلق صراحة اسم " المقاول " على من يقدم العمل والمادة معا. والمقاول طرف فى المقاولة وليس طرفا فى عقد البيع ،ولو أراد المشرع غير ذلك لأفصح ،خصوصا وأنه كان فى معرض البيان،والاقتصار فى معرض البيان يفيد الحصر . وهذا فى تقديرنا نص من المشرع فى المسألة ،ولا اجتهاد فى مورد النص .

ولقد سبق أن أوردنا لأستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب أسانيده التى ساقها سيادته تدعيما لهذا الرأى،فنحيل إليها تجنبا للتكرار .

وفى تقديرنا أن سبب هذه الضجة الفقهية هو عدم الاعتراف لعقد المقاولة بمكنة اكتساب الملكية ،وقصره على عنصر العمل فقط، فلو استطاع الفقه ،أن يسبغ على عقد المقاولة هذه الإمكانية ،لما كنا بحاجة إلى كل هذا الجدل والنقاش ،لمعرفة الطبيعة القانونية له .

ولنا أن نتساءل ،ما الذى يحول دون ذلك ؟ وهل العقود المكسبة للملكية جاءت على سبيل الحصر ،بحيث يمتنع قانونا إلحاق غيرها بها ،حتى ولو دعت حاجة العباد لهذا الإلحاق .

والذى نراه ،أنه ليس ثمة ما يحول دون ذلك قانونا . وفى اعتقادنا ،أن العقود بمختلف أنواعها ،لم تقم إلا لاشباع حاجة العباد فى التعامل ،وعلى حد تعبير الفقه الإسلامى " إن الحاجة أصل فى تشريع العقود "(٥٥)وأن الأصل فى الأشياء الإباحة لا المنع

---

(٥٥) المبسوط للسرخسى : كتاب الإجارات ص ٧٥ .

مالم يقم دليله " فمتى قامت الحاجة إلى عقد معين ،تعين إيجاده على وجه ترتفع به الحاجة ،متى كان لايصطدم بنص قطعي الثبوت والدلالة على عدم جوازه .

ولقد سبق للفقه الإسلامي ،أن قطع في هذه المسألة ،بقول فصل ،إذ نص على أن حكم الاستصناع ،" هو ثبوت الملك للمستصنع في العين ،وثبوت الملك للصانع في الثمن ،ملكا غير لازم "(٥٦)أو " إفادة الملك في البدلين لكل من المتعاقدين " (٥٧).

أما ما سبق أن أوردناه مما جاء في الوسيط من نقد لهذا الرأي (٥٨) . أساسه إنكار إمكانية اكساب الملكية على عقدالمقاولة، وقصرها على عقد البيع والمقايضة في هذا المجال ، فحسبنا رداعليه ماجاء في الوسيط نفسه " من أن الصانع إذا أخذ المادة التي يستخدمها ،وأدمج فيها مادة من عنده ،فاصبحتا شيئا واحدا ،ملك رب العمل هذاالشيء بعقد المقاولة لا بالالتصاق "(٥٩).

فهذا ،في تقديرنا ،نص من صاحب الوسيط ،رحمه الله ،على أن عقد المقاولة يمكن أن يكون من عداد العقود المكسبة للملكية، خصوصا وأنه لاحق على قوله السابق بالنفي ،الأمر الذي يستباح معه القول برجوعه ،رحمه الله ،عن ذلك الرأي .

أما ما سبق من نقد آخر لهذا الرأي مؤداه أنه " إذا كان قيام المتعاقد بصنع الشيء ليس عنصرا جوهريا في التعاقد ،الذي انصب أساسا على انتقال ملكية الشيء ، كماهو الشأن مثلا في حالة

---

(٥٦) بدائع الصنائع : ج ٥ ص ٣ .
(٥٧) احمد أبو الفتح : المرجع السابق . ص٣٨٨.
(٥٨) انظر، فيما سبق، ص ١٢٥ .
(٥٩) السنهوري : الوسيط ج ٩ في أسباب كسب الملكية ط ١٩٦٨ بند ٨٩ ،ص ٢٤٤ .

التعاقد مع شركة النصر للتليفزيون على حجز جهاز من الأجهـــــزة التى تقوم بصنعها " .

فنرى أن هذا العقد ،لاينطبق على الحالة التى نحن بصددهـــا؛ إذ ما نحن بصدده الفرض فيه أن قيام المتعاقد بصنع الشىء عنصرا جوهريا فى التعاقد ،الذى انصب أساسا على العمل ،وانتقال ملكية الشىء إلى المتعاقد الآخر ،إنما جاء تبعا لقيام المقاول بصنـــع هذا الشىء لحسابه ،فالعمل جوهر هذا العقد ،وقوام وجوده ،بدليـــل أن المشرع أورده ضمن العقود الواردة على العمل ،بل وجعله أولها ترتيبا .(٦٠).

***

(٦٠) راجع، فيما سبق، ص ٦٧ وما بعدها .

المبحث الثالث

موضوع عقد المقاولـــة

بيان وإحالة

عرضنا فى المبحثين السابقين لتعريف عقد المقاولة ، وبيان خصائصه وصفته ، ثم ميزنا بينه وبين أهم العقود التى يمكن أن تشتبه به ، كل ذلك بهدف عزله عن غيره من العقود الأخرى .

ولما كان المشرع المصرى قد قضى فى الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى بأن " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى ، فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ... "

فمقتضى ذلك إذن ، أن المشرع المصرى لم يقصد أى عقد مقاولة وإنما قصد عقدا معينا من عقود المقاولات،[1] هذا العقد ، هو ذلك الذى يكون موضوعه منصبا على تشييد بناء ، أو اقامة منشآت ثابتة أخرى .

وبذلك يكون المشرع المصرى ، قد استوجب مميزا آخر لعقد المقاولة ، الذى اشترطه لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، هذا المميز هو مميز داخلى ، فى نطاق

---

(١) حيث إن عقود المقاولات كثيرة ، تختلف وتتشعب بحسب الموضوع الذى ترد عليه ، فهناك مقاولة التوريد، ومقاولة النقل، ومقاولة التعليم، إلى غير ذلك من الموضوعات المختلفة التى يمكن أن تكون محلا لعقد مقاولة .

موضوع عقد المقاولة ذاته ،إذ استلزم أن يكون موضوع العقد المقصود منصبا على تشييد بناء أو إقامة منشآت ثابتة أخرى . أما إذا لم يكن موضوعه كذلك ،بأن كان من الأعمال المعمارية الأخرى ،غير أعمال التشييد كأعمال الهدم ،أو أعمال الصيانة الثانوية ،أو أعمال البياض والزخرفة (الديكور)،فلا يصح أن يكون أساسا لتطبيق أحكام تلك المسئولية الخاصة ،وإنما يخضع العقد فى هذه الحالة للقواعد العامة فى المسئولية العقدية (٢).

ولا يكاد يخرج الأمر فى القانون الفرنسى عن هذا المفهوم، وإن كان القضاء الفرنسى قد توسع أكثر فى مفهوم البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (٣). على النحو الذى سنأتى إلى بيانه عند دراستنا للنطاق الموضوعى للمسئولية الخاصة .

إحالـــة :

هذا ولما كانت الدراسة الموضوعية لهذا الشرط - محل هذا المبحث - مما يدخل - فى تقديرنا - فى النطاق الموضوعى للمسئولية الخاصة محل الدراسة ،باعتبار أن نطاق تطبيقها موضوعيا ينحصر فى أعمال التشييد ،سواء كانت هذه الأعمال مبان أو منشآت ثابتة أخرى ،فإننا نرجئها إلى الفصل الثانى من الباب الثانى من هذه الدراسة وهو الذى خصصناه لدراسة النطاق الموضوعى لهذه المسئولية .

---

(٢) ياقوت المرجع السابق بند ٣٧ ص ٩٤ وهامش ٢٠٢ بها . شنب : عقد المقاولة : بند ١٠٥ ص ١٢٤

(٣) الأساتذة مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٦ .

المبحث الرابع

وجوب أن يكون عقد المقاولة مع رب العمل

بعد أن ميزنا ،فى المباحث السابقة ،عقد المقاولة ـ المشترط لقيام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ـ من حيث الموضوع ،عن غيره من العقود الأخرى ،سواء أكانت عقود مقاولات أخرى ،أم غيرها من العقود عامة ،منتهين إلى أنه يجب أن يكون عقد مقاولة ،موضوعه تشييد أبنية، أو إقامة منشآت ثابتة" أخرى، نحاول فى هذا المبحث ،تمييزه ،داخليا أيضا ،من حيث الشخص الذى يجب أن يكون منعقدا معه هذا العقد ،بالمقابلة للمهندس المعمارى أو المقاول أو كليهما. وسوف نسير فى محاولتنا هذه على ضوء النصوص القانونية المنظمة لهذه المسئولية ،سواء فى القانون المدنى المصرى ،أم فى القانون المدنى الفرنسى ، على أن يتم ذلك فى فرع مستقل لكل منهما .

الفرع الأول

الوضع فى القانون المدنى المصرى

تقضى المادة ٦٥١ مدنى مصرى فى فقرتها الأولى ،بأن ضمان المهندس المعمارى والمقاول ،للتهدم الكلى أو الجزئى ،سالف الذكر ثابت " ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ،أو كان رب العمل ،قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ،مالم يكن المتعاقدان فى هذه الحالة ،قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات ".

فمقتضى إشارة هذا النص ،أن الطرف الثانى فى عقد المقاولة المشترط لقيام المسئولية الخاصة هذه ـ بالمقابلة للمهندس

المعماری ومقاول البناء ، هو رب العمل ، الذی يتم العمل لحسابه فعلا ، وهذا ماصرحت به الفقرة الرابعة من ذات المادة ، والتی تقضی بعدم سريان هذه المادة (أی المادة ٦٥١ مدنی) علی ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع علی المقاولين من الباطن .

فقد أراد المشرع بهذه الفقرة ، أن يجْهز علی وجه الشبه الذی يمكن أن يقوم بين المقاول الأصلی ، ورب العمل ، باعتبار ، أن هذا الأول تتوافر له صفة رب العمل أيضا ، بالنسبة لمقاوليه من الباطن - وإن كان لايتم العمل لحسابه فعلا - مما يوحی بالقول بتطبيق أحكام هذه المادة ، علی ما قد يكون له من حق فی الرجوع عليهم . وهو ما قد حدث فعلا : أثناء مناقشة مشروع القانون المدنی الجديد ، فی مجلس النواب ، إذ استفسرت لجنة الشئون التشريعية بالمجلس ، عما إذا كانت المسئولية الاستثنائية هذه تنطبق علی حالة المقاول الأصلی والمقاول من الباطن ، فأجيبت بأن الفقرة الرابعة من المادة ذاتها صريحة فی أن هذه المسئولية الاستثنائية ، استحدثها المشرع إلی جانب المسئولية المقررة بالقواعد العامة ، لأن صاحب العمل لايمكن اعتباره فی مستوی المهندس المعماری أو المقاول من الناحية الفنية ، أما المقاول والمقاول من الباطن ، فهما من الناحية الفنية ، متساويان ، فليس هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما (١) .

وعلی ذلك ، فإنه يمكن القول بأن المشرع المصری اشترط فی عقد المقاولة - المشترط لقيام المسئولية الخاصة للمهندس المعماری ومقاول البناء - أن يكون مبرما مع رب العمل الذی يقام العمل فعلا لحسابه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدنی المصری الجديد ج ٥ ص ٢٣ .

الفرع الثانى

فى القانون المدنى الفرنسى

أما عن موقف القانون المدنى الفرنسى فى هذا الخصوص فلم يكن يوجد به نص فى هذا المعنى حتى تاريخ صدور القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ يناير سنة ١٩٦٧ . إذ كانت المادة ١٧٩٢ منه فى صياغتها الأصليه سنة ١٨٠٤ تجرى على الوجه الآتى : " إذا تلف البناء المشيد بأجر مقدر جزافا، تلفا كليا أو جزئيا ،وكان هذا التلف ناشئا عن عيب فى البناء ،أو حتى عن عيب فى الأرض ذاتها، فإن المهندسين المعماريين والمقاولين . يسألون عن هذا التلف فى خلال مدة عشر سنوات " (٢).

كما تقضى المادة ٢٢٧٠ فى صياغتها الأصليه أيضا بأن "تنقضى مسئولية المهندس المعمارى والمقاولين ،عن ضمان الأعمال الكبيرة التى قاموا بتنفيذها أو بالإشراف عليها بعد عشر سنوات "(٣).

إلا أن القضاء الفرنسى كان قد جرى ،منذ أمد بعيد ، على تطبيق هذا المبدأ ،(٤) رغم عدم وجود نص به ،يؤيده فى ذلك بعض الفقه (٥).

---

(2) Art. 1792 C.Civ. : " Si l'édifice construit à prix fait , périt en tout ou en partie par le vice de la construction même par le vice du sol les architecte et entrepreneur en sont responsable pendant dix ans"

(3) Art 2270 - C. civ." Après dix ans , L'arclitecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrage qu'ils ont faits ou dirigés"

(٤) عرائض فى ١٢ من فبراير ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٥٠٢ ، نانسى فى ٢٢ من مايو ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ٢ - ٣٥٧ .

(٥) بيدان وروديير؛ ج ١٢ بند ٢١٠ ص ٢٣١ ،بلانيول وريبير ورواست ؛ ج ١١ بند ٩٥٢ ص ١٩٦ . وانظر عكس ذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ج ٢ بند ١١٠٥ .

وبصدور القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ يناير ١٩٦٧ ظهر هذا المبدأ صراحة فى المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى سالفى الذكر، بعد تعديلهما بهذا القانون ،تقنينا لما جرى عليه القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص ،فصارت صياغتيهما تجريان على الوجه الآتى :

م ١٧٩٢ مدنى " يكون المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة، مسئولين عما يصيب البناء ،من تهدم كلى أو جزئى ،اذا نتج هذا التهدم عن عيب فى البناء ،أو حتى عن عيب فى الأرض ذاتها ،وذلك لمدة عشر سنوات " (٦) .

م ٢٢٧٠ " ينقضى ضمان المهندسين المعماريين والمقاولين وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة، للأعمال التى قاموا بها، أو أشرفوا عليها ،بعد عشر سنوات فيما يتعلق بالأعمال الكبيرة ،وبعد عامين فيما يتعلق بالأعمال الصغيرة (٧).

ثم تواتر ظهور هذا المبدأ صراحة بعد ذلك فى المادة ١٧٩٢ مدنى (٨) وإشارة فى المادة ٢٢٧٠ مدنى (٩) وذلك بعد تعديلهما أيضا بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الصادر ٤ يناير سنة ١٩٧٨.

---

(٦) Art. 1792(L.67-3, 3 janv.1976) : "Si l'édifice périt en tout ou en partie par le vice de la eonstruction , même par le vice du sol, les architocte , entrepreneur et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage en sont responsables pendant dix ans "

(٧) Art. 2270(L. 67-3,3 janv. 1967)" Les architectes entrepreneurs , et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont fait ou dirigés après dix ans s'il s'agit de gros ouvrages , après deux ans pour les menus ouvrages"

(٨) انظر، فيما سبق، هـ ٣٠ ص ٧٢ .

(٩) انظر هـ ٩ ص ١٩٨ ، فيما بعد، وأيضا هـ ١٠ ص ٢٧٧ .

بعد أن استعرضنا موقف كل من القانونين المصرى والفرنسى فى هذا الخصوص ،يتضح لنا أن عقد المقاولة يجب أن يكون مبرما مع رب العمل ،الذى تقتصر عليه أو خلفه الاستفادة من أحكام هذه المسئولية الخاصة .(١٠) على النحو الذى سيأتى بيانه تفصيلا فى موضعه من البحث .

وعلى ذلك فإن المقاولين من الباطن ،والمهندسين المعماريين وغيرهم من الفنيين ،الذين يقومون بدور معين ،فى عملية البناء أو التشييد ،دون أن يكون بينهم وبين رب العمل الأصلى عقد مقاولة، لاتنطبق عليهم قواعد المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء - وذلك لعدم توافر هذا الشرط - فى علاقتهم مع رب العمل الأصلى، الذى يتم العمل لحسابه فعلا (١١). وكذلك فإن أحكام هذه المسئولية الخاصة لا تنطبق حتى فى علاقاتهم بالمقاول الأصلى ،الذى يعتبر بمثابة رب العمل بالنسبة لهم ،وعلى الرغم من وجود عقد مقاولة بينه وبينهم ،وذلك لما سبق من القول بأن هذه المسئولية الخاصة إنما قصد بها - طبقا لما جاء بمشروع القانون المدنى المصرى الحالى - حماية رب العمل نفسه الذى يكون فى العادة غير ملم بهذا الفن ،ضد إهمال أو غش الفنيين والمتخصصين فى هذا المضمار(١٢)

(١٠) لبيب شنب : عقد المقاولة . بند ١٠٥ ص ١٢٢ ومابعدها السنهورى : الوسيط ج ١/٧ بند ٦٢ ص ١٠٩ ،ياقوت . المرجع السابق بند ١١ ص ٣٠ وهامش ٣١ بها . كاستو : " La responsalitité des constructeurs éd. 1979 بند ٣٩٠ ص ١٨٣ .
أ. روسيل ومعاونيه Responsabilités et assurances des constructeurs " guide pratique et théorique Paris 1978 §A 11

(١١) وإن كان لهذا أن يرجع عليهم مباشرة بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها . انظر : لبيب شنب : عقد المقاولة : بند ١٠٥ ص ١٢٣ ،السنهورى : الوسيط : ج ١/٧ بند ٦٣ ص ١١٢ ،كاستو : بند ٣٩٠ ص ١٨٣ ،بند ٦٤٢ ص ٢٨٨ ،وانظر نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٢ من ديسمبر ١٩٦٨ بيلتان ١٩٦٨ - ٣ رقم ٢٤٥ (مذكور فى كاستو ص ١٨٣ هامش ١١١ وهامش ٢٤ ص ٢٨٨) نقض تجارى فرنسى فى ١٨ من ديسمبر ١٩٦٨ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ ص ١١٩٠ تعليق كاستو .نقض مدنى فرنسى(الدائرة ٣) فى ٢٦ من نوفمبر ١٩٧٠ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٧١، ص ١٢٣٤ (مذكور فى كاستو : ص ٢٨٩ هامش ٢٥) .
(١٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٣،السنهورى : الوسيط:ج١/٧ بند ٦٠ ص ١٠٦ هامش ٢ بها.

الفصل الثانى

تسلم العمـــل

تمهيد وتقسيم

إن تسلم العمل بعد إنجازه يعتبر حجر الزاوية، بالنسبة إلى جميع أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء، فعليه تقوم معظم أحكامها، ويترتب ابتداء منه جل آثارها، إذ به تبرأ ذمة المقاول مؤقتا، إلى حين إنتهاء مدة الضمان، تلك التى ماكان لها أن تبدأ فى السريان إلا بعد تمامه .

وإذا كان تسليم العمل بعد إتمامه التزاما، يقع على كاهل المقاول، يلتزم هذا الأخير بأدائه، فى الزمان والمكان المحددين، اتفاقا أو عرفا، وهو يتم بوضع العمل المنجز تحت تصرف رب العمل، بحيث يستطيع هذا الأخير الاستيلاء عليه، وممارسة كافة حقوقه المتعلقة به، دون عائق مادى أو قانونى (١) . فإنه - طبقا للمجرى العادى للأمور، والتزاما بمبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود - يلتزم هذا الأخير من جانبه بتسلم العمل المنجز، وذلك بوضع يده عليه - فعلا أو حكما - بحيث تبرأ ذمة مدينه من التزامه قبله، إذ يجب للتسليم كى تترتب عليه آثاره القانونية، أن يقترن به تسلم، سواء كان هذا

---

(١) محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة - سابق فقرة ٧٩ - ص ٩٩ .

التسلم فعليا أو حكميا ،فكل من الالتزامين مرتبط بالآخر، وكلاهما وجهان لعملة واحدة .

مما تقدم يتضح أن التسلم - فعليا كان أم حكميا - هو الذى يجعل عملية التسليم - تلك الواقعة المادية - ترتب آثارها القانونية ،من براءة لذمة المدين - ولو مؤقتا ،وانتقال للشىء محل التسليم إلى حيازة المتسلم ،إلى غير ذلك من النتائج القانونية ، التى ما كان لواقعة التسليم أن تنتجها، إلا إذا قابلتها واقعة التسلم - فعلا أو حكما - من جانب الطرف الآخر .

لهذا،فقد اعتبرت التسلم شرطا أساسيا ،يلزم توافره - مستوفيا كافة شرائطه التى يتطلبها القانون - حتى يمكن القول بوجود مسئولية عشرية ،أو ثنائية ،إذا وجدت أركانها وشروطها الأخرى، وهذا ما تطلبته التشريعات المختلفة؛ إذ لم تجعل لهذه المسئولية وجودا، إلا بعد تمام التسلم (٢).

بعد هذا التمهيد ،نرى أن نقوم بدراسة التسلم فى مباحث ثلاثة: نخصص أولها ؛ لأخذ فكرة عن التسلم ،ونتناول فى الثانى منها؛ نظامه القانونى ،بينما فى الثالث منها ؛ نعرض للآثار القانونية المترتبة عليه .

المبحث الأول

فكرة عن التسلم

تعريفه ،طبيعته القانونية - شروط تحققه - موضوعه - ارتباطه بالنظام العام من عدمه

لعل أخذ فكرة عن التسلم ،يقتضينا بداءة أن نسعى إلى

---

(٢)من ذلك على سبيل المثال : م ٦٥١ مدنى مصرى "على أن تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل " وأيضا المواد ١/١٦٤٦ و ٣/١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى المعدلة بالقانون=

تعريفة فنزيل بذلك جهالته ،ونتوسل بذلا
القانونية له ،فنبين بذلك أهو مجرد و،
هى شروط تحققه ،وما الموضوع الذى يرد عليه
ارتباطه بالنظام العام من عدمه ،فتكتمل معن
فلا يدخل بذلك فيه مالا يشمله تعريفه ،ولا ينتمى إلم
وما لا تتوافر فيه شروط تحققه ،أو مالا يحتويه موضوعه
فتنظيما للجهد ، وتوخيا للمقصود، نخصص لكل من هذه النقا
فرعا خاصا بها .

***

= رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨.
وانظر فى تأكيد ذلك أيضا ج .م . ليشو . J. M . LUCHEIIX
" Les garanties de l'aquéreur dans les ventes d'immeubles à' construire " Thèse Paris 1968 P . 137et s.

الفرع الأول

" تعريف التسلـــــم "

نعرض لتعريف التسلم فى مطلبين متتاليين : نخصـــص الأول لبيان التعريف التشريعى للتسلم ،ونجعل الثانى لبيان التعريـــف الفقهى له ٠

المطلب الأول

التعريف التشريعى للتسلم

نبين فى هذا المطلب موقف كل من التشريعين المصرى والفرنسى بالنسبة لتعريف التسلم ٠

نبذة أولى : موقف التشريع المصرى بالنسبة لتعريف التسلم :

سنتحرى تعريف التسلم فى كل من التنظيمين القانونى واللائحى على التوالـى ٠

أولا : تعريف التسلم فى التنظيم القانونى

أ) التقنين المدنى القديم : (م ٤٠٩/٥٠٠) " المهنـــدس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء فى مـــدة عشر سنوات ،ولو كان ناشئا عن عيب الأرض ،أو كان المالك أذن فـــى إنشاء أبنية معيبة،بشرط ألا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيـــرة معدا فى قصد المتعاقدين لأن يمكث أقل من عشر سنوات"(١) يبين مـــن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضرية ـ ج ٥ ص ١٩ وما بعدها ٠

هذا النص أن التقنين المدنى المصرى القديم لم يذكر لفظ التسلم، بلــه أن يعرفه .

ب) التقنين المدنى الحالى : تقضى الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ منه بأن " ٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل " يكشف هذا النص عن أن التقنين المدنى الحالى قد خالف سلفه؛ فى أنه جاء بعبارة " تسلم العمل " فبين أن مدة العشر سنوات تبدأ فى السريان اعتبارا من تاريخ هذا التسلم للعمل؛ إلا أنه جريا على نهج سلفه أيضا لم يتعرض لتعريف التسلم ،وربما كان ذلك بعدا بالمشرع عن التعاريف وترك هذا المجال للفقه .

ثانيا) تعريف التسلم فى التنظيم اللائحى

على ذات النهج سار التنظيم اللائحى لمزاولة مهنة الهندسة المعمارية ،إذ لم يرد فى لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية، ولا ملحقاتها، تعريف لتسلم العمل ،وإن جاء التسلم ضمن الواجبات الملقاة على عاتق المهندس المعمارى ؛إذ يلتزم هذا الأخير بالاشتراك فى الاستلام الابتدائى والنهائى للعملية (٢).

نبذة ثانية : موقف التشريع الفرنسى بالنسبة لتعريف التسلم:

سنتحرى هنا أيضا تعريف التسلم فى كل من التنظيمين القانونى واللائحى على التوالى :

أولا) التنظيم القانونى : يمكن تقسيم موقف القانون الفرنسى بالنسبة لتعريف التسلم؛ إلى مرحلتين زمنيتين : ماقبل سنة ١٩٧٨ وما بعدها .

---

(٢) انظر لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والأتعاب ص ٢ ،ومشروع عقد تصميم وإشراف على التنفيذ ص ٢٥ منها . وتوحيد تشريعات المهندس المعمارى وتقاليد ممارسة المهنة ص ٥٥ منها.

المرحلة الأولى : منذ تقنين نابليون ، أى مدونة سنة ١٨٠٤ حتى صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨.

١ - <u>تقنين نابليون الصادرسنة ١٨٠٤</u> : لم يتضمن هذ القانون تعريفا مباشرا أو غير مباشر للتسلم ،ولا حتى عرف كلمة تسلم فى هذا العدد اللهم إلا مجرد إشارتين وردتا بالمواد ١٧٨٨ ، ١٧٩٠ ،بهدف تحديد من يتحمل تبعة هلاك الشىء عند فقدة (٣) ،بحيث يستفاد - بطريق مفهوم المخالفة - من المادة الأولى،أنها جعلت من التسلم التزاما،يثقل كاهل رب العمل،بتسلم العمل بعد إنجازه،بينما جعلت الثانية منه التزاما،على هذا الأخير، بفحص العمل عند تسليمه له (٤).

---

(٣) = l'art . 1788 c.Civ.: " Si,dans le cas où l'ouvrier fournit la matière,la chose vient à périr , de quelque manière que ce soit , avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose "

L'art. 1790 C.civ. " Si, dans le cas de l'article précédent la chose vient à périr , quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier , avant que l'ouvrage ait été reçu , et sans que le maitre fut en demeur de le vérifier , L'ouvrier n'a point de salaire à reclamer , à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.

(٤) Jean - Pierre KARILA (OP . cit . ch . F . P 3) Bernard Boubli : La responsabilité et l'assurance des architectes entrepreneurs et autres constructeurs" éd. 1979 N° 201 P. 121, Jean BIGOT : " La réforme de l'assurance construction " Ed . L'ARGus, 1980 P. 135 et s.
C.E. 13 déc. 1940 , . Leb. . P. 231, C.A. de RoueN 2 juil. 1968 A.J.P. I. 1969 P. 135.

٢) قانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ الصادر فى ٣ يناير ١٩٦٧، ورقم ٥٤٧ فى ٧ يوليو ١٩٦٧ :

اتفق هذا القانون مع مدونة نابليون، فى أنه لم يعرض بالتعريف، الصريح أو الضمنى، للتسلم ، وإن كان قد اختلف عنه فى أنه لمس خفيفا - على حد تعبير مدام REYNAUD (٥) - كلمة التسلم " La réception " حيث إنه عبر بها صراحة فى المواد ١٦٠١/٣ ، ١٦٤٢/٢ ، ١٦٤٦/١ التى تتعلق مباشرة ببائعى العقار المبنى بقصد بيعه، Les vendeurs d'un immeuble à construire وليس بمشيدى العقار ، أى المهندس المعمارى ومقاول البناء (٦) دون أن يتعدى ذلك إلى تعريف التسلم ، أو توضيح كنهه ، أو بيان كيفيته ولعلنا نلتمس تبريرا لموقف المشرع الفرنسى فى هذا العدد ، إما بأنه أراد أن ينأى بنفسه عن التعاريف ، تاركا إياها للفقه اقتداء بالمشرع المصرى ، وإما بأنه قدر أن مكانه المناسب هو المادة ١٧٩٢ التى تتعلق بالمسئولية العشرية والثنائية للمهندس المعمارى ومقاول البناء ، باعتبار أن الفصل المتضمن لهذه المادة هو

---

(٥) مدام مارى رينو : " تسلم الأعمال فى قانون التشييد la réception des travaux en droit de la construction مجلة القانون المدينة Revue Droit et ville ١٩٨١ بند ٥ ص ١٠١ .

(٦) - L'art. 1601 - 3 C.civ.: (loi du 3 Janv. 1967)
" Le vendeur conserve les pouvoirs du maître de l'ouvrage jusqu à la réception des travaux "
L' art. 1642 - 2 c. civ. (loi du 7 juil 1967)
" Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé ni avant la réception des travaux..."
L'art . 1646 - 1 c. civ. (Loi du 3 janv. 1967)
" Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu pendant dix ans , à compter de la réception des Travaux...."
" le vendeur est tenu de garantir les menus ouvrages pendant deux ans à compter de la réception des travaux . "

الفصل (٧) الخاص بإجارة العمل المنصب على إنشاء المباني،لاسيما وأن إرهاصات تعديل هذه المادة ،كانت قد أخذت طريقها بالفعل إلى رءوس المفكرين ،وأذهان رجال الفقه القانوني،محفزة إياهم على حث المشرع على إجراء التعديل المناسب لمجريات العصر ،وظروف الحياة المتطورة المتغيرة ،التي صارت ملء السمع والبصر ، حتى غدت تحتم مثل هذا التعديل بل وتوجبه بأسرع مايمكن .

- مرسوم رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٦٧ (٨) الصادر في ٢٢ ديسمبر١٩٦٧ بشأن تطبيق ،قانون ٣ يناير ١٩٦٧ سالف الذكر :

لم يتعرض هذا المرسوم أيضا - كالقانون الصادر بشأن تطبيقه - لتعريف صريح أو ضمني للتسلم ،وإن كان قد بين في المادتين ٨ ، ٩ منه أهم أثر من آثار التسلم ،وهو أنه إذاتم بدون تحفظات فإنه ،ابتداء من اليوم الذي تم فيه،تبدأ مدة الضمان المنصوص عليها في المواد ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من المجموعة المدنية في السريان (٩)

٣) القانون رقم ٥٨٤ لسنة ١٩٧١ (١٠) في ١٦ يوليو١٩٧١ المتعلق بالمشروعات الخاصة :

هذا القانون ،وإن كان قد ذكر صراحة تعبير التسلم في بعض أحكامه (١١) إلا أنه أيضا لم

---

(٧)الفصل الثالث من الباب الثامن من الكتاب الثالث من المدونة المدنية وهو الفصل المعنون "Du louage d'ouvrage et d' industrie".

(٨) - J.O. 28 déc . 1967.

(٩) - L'art. 8: " Pour l'application des art . 1792 et 2270 du c.civ,..., la réception des Travaux constitue,..., le point de départ de la garantie prévue par ces articles..."

L'art.9: " La réception prévue à L'art . 1642-1 c.civ. s'entend de la réception avec ou sans réserves ...."

(١٠) - J.O. 17 juil 1971.

(١١) L'art . 2: " Les paiement des comptes sur la Valeur =

يعرض له بالتعريف المباشر ،أو غير المباشر (١٢).

المرحلة الثانية : وهى التي تبدأ بصدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ يناير ١٩٧٨ :

لقد تصدى هذا القانون مباشرة لمسألة تعريف التسلم ،فنص فى المادة ١٧٩٢/ ٦ فقرة أولى (١٣)،على أن التسلم هو ذلك العمل الذى عن طريقه - أو بواسطته - يقر رب العمل بقبوله الأعمال المنجزة ،سواء مع أو بدون تحفظات".

وهكذا نجد المشرع الفرنسى ،يحسم بهذا التعريف خلافا فقهيا، ثار حول ما إذا كان التسلم واقعة قانونية أم عملا قانونيا (١٤) فانحاز بذلك إلى جانب الرأى القائل بأنه عمل قانونى .

ثانيا - التنظيم اللائحى

هناك قواعد منبثقة من التطبيق العملى للمهنة ،سواء فى مجال المشروعات الخاصة أو العامة ،هذه القواعد التى تشكل مصادر لائحية لفكرة التسلم ،والتى قد أعطى بعضها تعريفا غير مباشر للتسلم، تجد مصدرها المباشر فى أحد التنظيمين الآتيين :

١) كراسات الشروط النموذجية المنظمة لعلاقات الأطراف

---

definitive des marchés de travaux pourront être amputés = d'une retenue égale au plus à 5 p. % de leur montant afin de garantir contractuellement l'exécution des tranaux pour satisfaire aux réserves faites à la réception...

(١٢) مدام رينو المقال السابق ص ١٠١فقرة ٥ ،ص ١٢٣ فقرة ٣٣ ،كاريلا : المرجع السابق ،فصل F ص٤ .

(١٣) - L'art . 1792 - 6 al. 1er ;
" La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves ".

(١٤) انظر تفصيل ذلك فيما بعد، ص١٥٥ وما بعدها.

المنفذين مع رب العمل (١٥). Les cahiers types de charges regissant les rapports des exécutants et du maître de l' auvrage"
وهذه تنقسم إلى نوعين ،بحسب ما إذا كانت الصفقة من صفقات القانون الخاص ،أو من صفقات القانون العام (١٦).

ففيما يتعلق بالنوع الأول ،فان كراسات الشروط النموذجية المنظمة لها هى تلك التى تعرف ب" " Normes AFNOr "
وهى تصدر بقرارات وزارية . أما فيما يتعلق بالنوع الثانى ،فان كراسات الشروط النموذجية المنظمة لها هى تلك المعروفة باسم كراسات الشروط الادارية العامة " Cahier des clauses administratives générales ويرمز لها ب C . C . A . G. .

٢ - العقد النموذجى الذى يبرم بين المهندس المعمارى ورب العمل (١٧) " Le contrat type architecte - maître d'auvrage"

---

(١٥) يلاحظ أن هذه الكراساتالنموذجية - فيما عدا تلك التى تطبق على الصفقات التى تبرمها وتنفذها شركة H.L. M. ليست إجبارية فهى لا تفرض علىالأطراف إلا إذا أحالتإليها شروط التعاقد وهو غالبا ما يحدث عملا .

(١٦)مع ملاحظة أن الأطراف يمكنهم - أيا كانت طبيعة الصفقة التى يبرمونها - أن يختاروا كراسة الشروط التى يرغبون التعامل بمقتضى أحكامها ، دون تقيد بطبيعة الصفقة التى يبر مونها بينهم من صفقات القانون الخاص أم العام ،فالأمر مرده إلى ارادات الأطراف الخالصة .

(١٧) وهذا عقد ،المفروض أن يضعه سنويا المجلس الأعلى لنقابة المهندسين المعماريين . وغالبا ما يعتمده الأطراف فيما بينهم . وآخر طبعاته تلك المنشورة فى سنة ١٩٧٩ .

" J.C.C. Fasc . 200 ann. "

ومن الملاحظ أن هذه التنظيمات اللائحية كلهالم تعمد إلى تعريف مباشر للتسلم ،وإن كانت قد عرفته بطريق غير مباشر بأنه قبول الأعمال المنجزه بمعرفة رب العمل،وبأنه المخالصة المعطاة بواسطة رب العمل للمقاول عن التزاماته التعاقدية (١٨).

***

(١٨) انظر فى ذلك على سبيل المثال :
- Art. 1 - 5 de la norme AFNOR P. 03 , 001 éd. fév. 1948

- Art. 14 -12 de la norme AFNOR P. 03 ,011 éd. 1966.

وهذه حلت محل كراسة سنة ١٩٤٨ .

- Norme AFNOR P. 03 , 001 éd. 1972

أما فيمايتعلق بالكراسات النموذجية المطبقة عادة على صفقات القانون العام فاخصها :

- تلك المعتمدة بقرار ٣١ أغسطس ١٩٦٦ المطبقة على الصفقات المبرمة والمنفذة بواسطة شركة :
(J.O. 25 oct. 1966) H.L.M.

- تلك الصادرة بالمرسوم رقم ٨٧ لسنة٧٦ فى ٢١ يناير١٩٧٦ ، وهذه تطبق على كل صفقات القانون العام ماعدا تلك التى تنفذها شركة H.L.m. .

وانظر أيضا العقد النموذجى - " le contrat type architecte - maître douvrage "

فى آخر طبعاته المنشورة سنة ١٩٧٩ (J.C.C. fasc 200)

راجع فى تفصيل كل ذلك : كاريلا KARILA المرجع السابق فصل F ص ٤ - ٧ .

المطلب الثانى
التعريف الفقهى للتسلم

نبذة أولى : تعريف الفقه المصرى للتسلم

لم يجعل الفقه المصرى من التسلم فى عقد المقاولة مجرد الاستيلاء المادى على العمل ،بوضع اليد عليه فعلا أو حكما، prise de possession ou prendre en livraison كما هو الحال فى عقد البيع ،أو عقد الإيجار ،بل ضمنه معنى زائدا عن ذلك ،يتمثل فى تقبل العمل ،والموافقة عليه بعد فحصه، Réception agrément vérification ويرى أن هذا المعنى هو ما تقتضيه فعلا طبيعة المقاولة ،فهى تقع على عمل شئ لم يكن موجودا بالطبع عند التعاقد ،فلزم أن تتاح الفرصة للطرف الذى تم العمل لحسابه لمعاينته ،وفحصه ،والتأكد من أنه موافق لشروط العقد ،ومتفق مع قواعد الفن وأصول الصنعة ،فالموافقة عليه بعد ذلك ،وهذا هو التقبل [١].

هذا المعنى يؤكده أكثر جانب آخر من الفقه المصرى [٢] ، إذ جعل من قبول العمل التزاما مستقلا عن الالتزام بالتسلم ،يقع على عاتق رب العمل ،حيث يقول " لايلتزم رب العمل فقط بتسلم العمل الذى قام به المقاول تنفيذا لتعاقدهما ،بل يلتزم أيضا بقبول هذا العمل ،ويقصد بذلك ،أن يقوم رب العمل بمعاينته العمل والتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها ،ولما توجبه أصول الفن وإقراره بأنه قد تم صحيحا " بل إننا نجد أن الفقه والقضاء المصريين ينيطان الآثار القانونية للتسلم بتقبل العمل ،وليس بمجرد تسلمه المادى [٣].

---

(١) السنهورى : الوسيط جـ ١/٧ فقرة ٨١ ص ١٤٧ ٠ عنبر :المرجع السابق فقرة ١٧٩ ص ٢٢٧ ٠
(٢) شنب : المرجع السابق فقرة ١٠٢ ص ١١٧، فقرة ١٢٧ص ١٥١٠
(٣) انظر الهامشين السابقين ،وانظر أيضا ،نقض مدنى مصرى فى ١٤ من ديسمبر ١٩٥٠ ،مجموعة أحكام النقض س ٢ - ق ٢٩ـص ١٥٣سابق٠

نبذة ثانية : تعريف الفقه الفرنسى للتسلم

عرف الأستاذ رواست التسلم؛" بأنه العمل الذى بواسطته يقر رب العمل بأن تنفيذ العمل قد تم صحيحا "(٤).

كما عرفه الأساتذه مازو؛" بأنه العمل الذى بواسطته ،أوعن طريقه ،يعطى رب العمل تصديقه للأعمال التى تم إنجازها ،ويسلم مخالصة بذلك للمقاول والمهندس المعمارى (٥) ،أو بأنه إقرار رب العمل للأعمال التى تم إنجازها لصالحه " (٦).

وعرفه الأستاذ روجيه سانت ألارى : بأنه ليس هو واقعة القبض ،أو وضع اليد فقط Ce n'est pas le fait de prendre possession ou livraison L' ouvrage
وإنما هو العمل الذى بواسطته يقر رب العمل العمل الذى تم إنجازه c'est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage agrée celui - ci. (٧)

وقدعرفه الاستاذ جورج ليت - فو : بأنه عملية حضورية ،مخصصة لمنح المقاول مخالصة ،بحسن تنفيذه للصفقة التى عهد بها إليه (٨).

---

(٤) بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ فقرة ٩٣١ ص ١٦٩ .

(٥) الأساتذة مازو : فى مطول المسئولية المدنية (التقصيرية والعقدية " Traité théorique et , pratique de La responsabilité civile délictuelle et contractuelle" ط ٦ ١٩٧٠ ج ٢ فقرة ٨/١٠٧٠ ص ٨٤ .

(٦) مازو وچيچلار : المرجع السابق ،فقرة ١٣٥٤ ص ٧٦٥ .

(٧) روجيه سانت ألارى : قانون البناء ط P.u.F. ١٩٧٧ ص ٥٧٣ .

(٨) ليت - فو (المرجع السابق) ص ٢٩٧ .

كما عرفه الأستاذان مالنڤو وجستار : بأنه العمل الذى عن طريقه ،يقر رب العمل الأعمال التى نفذها المقاول لصالحه ،ويعترف، بهذا،بأن المقاول قد نفذ ما عهد به إليه من التزامات [٩].

وهكذا،يتضح من كل هذه التعريفات،أن الفقه الفرنسى لم يقف بالتسلم عند العنصر المادى فقط ،وهو واقعة القبض أو وضع اليد،
وإنما تطلب معنى آخر،يبدو فيه العنصر الإرادى واضحا وهو تقبل رب العمل للعمل الذى تم إنجازه ،وإقراره بأن التنفيذ قد تم صحيحا ،وإعطاؤه مخالصة تفيد ذلك للمقاول والمهندس المعمارى[١٠]؛ وهذا هو نفس ما ذهب إليه القضاء الفرنسى [١١].

نبذة ثالثة : التعريف المختار للتسلم

التسلم هو : وضع اليد على العمل - فعلا أو حكما - وضعا مصحوبا ،عادة ،بتقبله وإقراره .

وعلى ذلك :فلكى يتم التسلم صحيحا منتجا آثاره القانونية المختلفة،لايكفى فيه أن يكون،فقط،ذلك التسلم المادى للعمل، المتمثل فى الاستيلاء عليه،استيلاء فعليا أو حكميا ،وإنما يجب

---

(٩) الأستاذان : مالنڤو وجستار : قانون التمويل (أوالتنمية) العقاركد
ط ١٩٨٠ فقرة ٧٤ ص ٩٠ .

(١٠) فرانسوا للورانس : عقد المقاولة وصفقات الأشغال العامة
"Contrat d' entreprise et marché de travaux publics "
ط ١٩٨١ ص ٥٢٧ .

(١١) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣ مدنى) فى ٨ من أكتوبر ١٩٧٤ . نشرة أحكام النقض المدنى (بيلتان) ١٩٧٤ ،ج ٣ ق ٣٣٧ ص ٢٥٨
" La réception ne consiste pas seulement dans la livraison de l'ouvrage , mais aussi dans l'approbation par le maître de l'ouvrage du Travail exécuté"

أن يكون هذا الاستيلاء مصحوبا - عادة - بقبول العمل وإقراره من رب العمل، باعتبار أنه قد تم صحيحا، طبقا للمتعارف عليه من أصول الصنعة، ولما هو منصوص عنه فى شروط العقد .

وهذا الشق الأخير، شق إقرار العمل وتقبله، هو ما سعى القانون المدنى الفرنسى، فى تعديله الأخير بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، إلى تأكيده فى تعريفه للتسلم، باعتبار أنه الجانب الأكثر أهمية، وتمشيا مع طبيعة عقد المقاولة، فى حالة المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى، حيث نص فى المادة ٦/١٧٩٢ المعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨، التى عرفت التسلم بأنه : ذلك العمل الذى عن طريقه - أو بواسطته - يقر رب العمل بتقبله العمل الذى تم إنجازه لحسابه، وإقراره بأنه تم صحيحا (١٢) وهو ما اقتضته أيضا الغالبية الغالبة من الفقهيين الفرنسى والمصرى - يؤيدهما القضاء - فى تعريفهما للتسلم، على الوجه السابق بيانه (١٣).

وإذا كانت العادة قد جرت، على أن الاستيلاء على العمل يكون مصحوبا عادة بتقبله واقراره، إذ أن صاحب العمل يقوم بفحصه ومعاينته، سواء بنفسه، أو بمساعدة غيره، كالمهندس المعمارى، أو خبير ينتدبه للقيام بهذه المهمة، ليتأكد أن العمل قد أنجز طبقا لشروط ومواصفات الصفقة، وتبعا لما تقضى به قواعد الفن وأصول الصنعة، أقول إذا كانت العادة قد جرت على تلازم هذين الأمرين، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يتم أحدهما قبل الآخر، فقد يتم الاستيلاء على العمل بوضع اليد عليه دون تقبله وإقراره، أى دون أن يتم

---

(١٢) - Art. 1792 - 6 al . 1 " loi 78-12 du 4 janv. 1978) " la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves "

(١٣) انظر تعريف الفقه للتسلم من ص ١٤٨ : ١٥٠ .

فحص العمل ومعاينته ، الفحص الكافى لتبيان مدى مطابقته للمتفق عليه من شروط ومواصفات ،ولأصول الفن المعمارى [١٤]،كما أنه قد يتم تقبل العمل وإقراره،قبل أن يتم الاستيلاء عليه ،كما لو زار رب العمل مكان العمل،وعاين ما تم إنجازه منه ،وفحصه الفحص الكافى سواء بنفسه ،أو بواسطة مساعديه ،وتأكد من مطابقته ،دون أن يكون قد استولى عليه ،بل لازال العمل فى حيازة المقاول لمّا يتم تسليمه لرب العمل بعد [١٥].

قلنا إن العادة قد جرت على تلازم تسلم العمل بوضع اليد عليه - فعلا أو حكما - وتقبله وإقراره من رب العمل،وبذلك يكون التسلم قد تم بعنصريه المادى والإرادى - صحيحا منتجا كافة آثاره القانونية،كما سيجىء . ولكن إذا انفصل وضع اليد عن التقبل - سبقا أو تأخرا - فإن العبرة بالتقبل لابوضع اليد ،أى أن النتائج القانونية تترتب على التقبل،لا على وضع اليد . إذ أن تقبل العمل وإقراره ،هو دليل رضا رب العمل عن العمل وقبوله له بعد أن قام بفحصه ومعاينته والتأكد من تمام مطابقته ،بينما لايغطى مجرد الاستيلاء ،أو وضع اليد ،كل هذه المقتضيات [١٦].

---

(١٤) شنب : المرجع السابق ،فقرة ١٢٧ لسنة ١٥٢ .

(١٥) عنبر: المرجع السابق،فقرة ١٧٩ ص ٢٢٨

(١٦) السنهورى : المرجع السابق ،فقرة ٨١ ص ١٤٧ ومابعدها نقض مدني ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ٢ - ق ٢٩ - ص ١٥٣ " سابق " .

الفرع الثانى

الطبيعة القانونية للتسلم

إن بحث الطبيعة القانونية للتسلم، ليس مجرد بحث نظرى أكاديمى بعيد عن الواقع ،بل هو أيضا بحث يتطلبه العمل ويقتضيه الواقع ،لما يترتب على التكييف القانونى للتسلم من آثار كثيرة؛ منها ما يتعلق بالإثبات ،ومدى سلطة القاضى فى الحكم به ،وتحديد تاريخه ....الخ ذلك مما سنعرض له فى حينه ،أما فى هذا الفرع، فنعرض لبيان الطبيعة القانونية للتسلم فى القانون المصرى ،ثم فى القانون الفرنسى، على التوالى ،على أن يكون كل من ذلك فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتسلم فى القانون المصرى

سبق أن بينا فى الفرع الأول ، الخاص بتعريف التسلم، أن المشرع المصرى لم يأت - سواء فى القانون المدنى القديم أو الحديث - بتعريف للتسلم ،نتوسل به إلى معرفة طبيعته القانونية . وقلنا إن المشرع أميل دائما إلى ترك مثل هذه الأمور للفقه . وبينا كذلك كيف أن الفقه المصرى لم يقف فى تعريفه للتسلم عند العنصر المادى منه ،وهو واقعة الاستيلاء ، أو وضع اليد على الشئ الذى تم إنجازه ،وإنما تطلب عنصرا آخر ،هو عنصر الإرادة ،متمثلا فى تقبل العمل وإقراره ،وذلك بعد تمام معاينته وفحصه ،لبيان مدى مطابقته لشروط العقد ،وقواعد الفن المعمارى . ورأينا كيف أن جانبا من الفقه، قد جعل من تقبل العمل وإقراره، التزاما على رب العمل، مستقلا عن التزامه بتسلم العمل ،وكيف أن الفقه والقضاء

أساطا ترتيب آثار التسلم بتقبل العمل وإقراره ، وليس بمجرد الاستيلاء المادى عليه (١).

وإذا كان قد أمكننا التوصل - من خلال شروح الفقه المصرى لالتزام رب العمل بالتسلم - إلى هذا التعريف له ، فإنه بوسعنا أيضا أن نبين الطبيعة القانونية للتسلم عند الفقه المصرى، متوسلين إليها بهذا التعريف الذى من خلاله نستطيع القول بأن الفقه المصرى - وإن لم يتعرض صراحة لهذا البيان - يعتبر التسلم فى عقد المقاولة عملا قانونيا ، وليس مجرد واقعة مادية ، أو اتفاق مستقل عن عقد المقاولة الأصلى . وسندنا فى هذا الاستنتاج أن الفقه المصرى لم يقف - كما سبق القول - فى تعريفه للتسلم عند العنصر المادى منه وهو واقعة الاستيلاء أو وضع اليد ، وإنما أضاف عنصرا آخر ، هو عنصر الإرادة المتمثل فى تقبل رب العمل للعمل وإقراره، بل وجعل منه عنصرا جوهريا فى عملية التسلم ، لدرجة أنه رتب عليه الآثار القانونية للتسلم ، حالة عدم تزامنه مع واقعة الاستيلاء أو وضع اليد على العمل الذى تم إنجازه .

---

(١) انظر، فيما سبق، تعريف الفقه المصرى للتسلم ص١٤٨ وما بعدها .

المطلب الثانى

الطبيعة القانونية للتسلم فى القانون الفرنسى

إزاء الفراغ التشريعى الذى كان سائدا فى موضوع التسلم، قبل صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ،فقد اختلف موقف الفقه الفرنسى،فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للتسلم ،بين قائل بأن التسلم هو إتفاق مستقل عن عقد المقاولة الاصلى ،وقائل بأنه مجرد واقعة قانونية ،وثالث يقول بأنه عمل قانونى ،وحتى فى نطاق هذا الرأى الثالث ،نجد من يقول:بأنه عمل قانونى من جانب واحد، وآخر بأنه عمل قانونى من الجانبين . وحتى بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ٧٨،الذى سد هذا النقص ،حيث عرف التسلم - كما سبق القول - بأنه العمل الذى بواسطته يقر رب العمل بقبوله الأعمال التى تم إنجازها ،فان الباحث ليجد من لا يزال يقول:بأن التسلم هو مجرد واقعة قانونية،وليس عملا قانونيا .

وعلى ذلك فإننى أجد لزاما على - توخيا لزيادة الإيضاح - أن أبسط هذا الإجمال،فى شئ من التفصيل،الذى يتطلبه المقام. على أن يكون بسط كل من هذه الآراء الثلاثة فى نبذة مستقلة ،ثم نبدى فى نبذة رابعة وجهة نظرنا فى المسألة .

النبذة الأولى : التسلم اتفاق قائم بذاته ،ومستقل عن عقد المقاولة الأصلى

ذهب نفر من الفقه [١] إلى أن التسلم هو عبارة عن اتفاق

---

(١) بريكمونت : المرجع السابق بند ١٤٠ ص ١٥١، برنارد سوان " B. SOINNE " : مسئولية المهندسين المعماريين، والمقاولين بعد تسلم الأعمال . رسالة من ليل ١٩٦٩ ج٢ ص ٥٣٠ وانظر فى عرض هذا الرأى والتعليق عليه مدام مارى رينو : المقال السابق ص ١٩٦٠٨ .

مستقل ومتميز عن العقد أو الاتفاق الأصلى ،وهو عقد المقاولة المبرم بين رب العمل من جانب ،والمهندس المعمارى والمقاول من جانب آخر ،فنحن إذن بصدد عقدين متعاقبين مستقلين ومتميزين عن بعضهما، حيث يقوم ثانيهما - وهو عقد التسلم - على انقضاء الأول ، وهو عقد المقاولة الأصلى • وأن اتفاق التسلم هذا ،والذى يقوم بين ذات الأطراف ويوقع منهم ،وإن كان يترتب عليه انقضاء الالتزامات التعاقديه ،للمقاول والمهندس المعمارى، القائمة طبقا للقانون العام فى العقود.،إلا أنه مع ذلك يترك قائمة الضمانات الخاصة ،المنصوص عنها فى المادتين١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من المجموعةالمدنية •

هذا الرأى الذى ذهب إليه ذلك النفر من الفقه ،وإن بدا للوهلة الأولى جذابا ومنطقيا ،لكونه يجعل من التسلم عملية حضورية •تتم بين رب العمل من جانب، والمهندس المعمارى والمقاول من جانب آخر • إلا أنه لا يخلو من النقد ،سواء بالنظر إلى موقف المقاول ،أو بالنظر إلى موقف المهندس المعمارى • فبالنظر إلى وضع المقاول ،فعندما يتم التسلم عن طريق القضاء ،أو يكون ضمنيا بناء على رغبة رب العمل ،فإن مساهمة المقاول فى هذا التسلم لاتكون ضرورية ،وإن محضر التسليم والتسلم •المثبت لهذه العملية، يكون ملزما له ،رغم أنه لم يكن طرفا فيه ،وغير موقع منه ،متى كان قد أعلن إليه بالطريقة القانونية (٢) أما فيما يتعلق بالمهندس المعمارى ،فإن تدخله لايجعل منه طرفا فى اتفاق التسلم وإنما هو مجرد تنفيذ لالتزام ،يقوم على عاتقه بمساعدة وإرشاد رب العمل لحظة التسلم (٣).

إذا لم يمكن الذهاب مع هذاالنفر من الفقه ،من اعتبار

---

(٢) مدام مارى رينو : المقال السابق فقرة ١٤ ص ١٠٨ وما بعدها •

(٣) البرت كاستو: المرجع السابق ،فقرة ١١٣ ص ٧٥ •

التسلم عقدا أو اتفاقا مستقلا ،ومتميزا عن عقد المقاولة ،فهل يمكن القول - اتفاقا مع نفر آخر - بأنه واقعة قانونية .

النبذة الثانية - التسلم محض واقعة قانونية

على الرغم من صدور القانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ ،ونصه في الفقرة الأولى من المادة ٦/١٧٩٢ منه ،على أن التسلم عمل قانوني، إلا أن بعضا من الفقه [٤] لا زال عند موقفه ،من أن التسلم ليس إلا محض واقعة قانونية ،فهو يذهب إلى أن التسلم يجب تفسيره في ظل "النظرية العامة للوفاء [٥] "la théorie générale du paiement"

فطبقا لهذه النظرية ،فإن المدين إما أن يكون مدينا بالتزام بإعطاء ،أو بالتزام بعمل ،أو بالتزام بالامتناع عن عمل . ويرى صاحب هذا الرأى ،أنه ليس ثمة مشكلة بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل ،حيث إنه مجرد التزام سلبي ،لا ورود له في موضوع بحثنا وكذلك الالتزام بإعطاء ،إن لم يتصل به أو يترتب عليه التزام بعمل وهكذا نصل إلى الوفاء بالتزام بعمل . فلكي يكون هناك وفاء بالمعنى القانوني لهذا الالتزام ،فلا بد أن يحصل الدائن على تنفيذ مرض لدينه . وبعبارة أخرى فإن الوفاء لايكون مبرئا لذمة المدين ،إلا إذا كان قد تم بالمطابقة لما تقتضيه شروط العقد صراحة ،أو ضمنا .وعلى ذلك فلا يعتبر وفاء مبرئا لذمة المدين مجرد القيام بالعمل محل العقد ،ولكن لابد أن يكون هذا العمل مستوفيا للشروط والمواصفات المنصوص عليها في هذا العقد ،بل وتلك التي تقتضيها طبيعته ،ولو لم ينص عليها صراحة فيه .

---

(٤) برنارد بوبلى : المرجع السابق ،فقرة ٢٠٧ ص ١٢٤ .وانظر أيضا تعليقاته المتعددة على أحكام القضاء الفرنسي التي يوالي نشرها بانتظام في المجلة الفعلية للقانون العقاري R.T.D.I تحت عنوان " مهندس معماري ومقاول وفنيين Architectes entrepreneurs et techniciens بالاشتراك مع الأستاذ فيليب مالنفو .

(٥) برنارد بوبلى : المرجع السابق فقرة ٢٠٤ ومابعدهاص ١٢٢ - ١٢٤ .

ويستطرد صاحب هذا الرأى قائلا : قد لا تكون هذه التفرقة قائمة، عندما يكون الالتزام بعمل منصبا على دفع مبلغ من النقود، حيث لا يتصور التفرقة بين التنفيذ والمطابقة فى الوفاء بهذا الالتزام ،متى تم الوفاء فى المكان والزمان المتفق عليهما بين الأطراف . ولكن تثور هذه التفرقة بين التنفيذ والمطابقة عندما يكون محل الالتزام هو القيام بعمل غير دفع مبلغ من النقود،فهنا من المتصور جدا أن يقع التنفيذ غير مطابق لما هو متفق عليه فى العقد ،أو تقتضيه طبيعته ،وتكون النتيجة المنطقية لذلك أن مجرد التنفيذ غير المطابق هذا لايكفى لإبراء ذمة المدين من التزامه؛ فالوفاء بالتزام بعمل يتضمن إذن مظهرين : الأول ،هو التنفيذ الإرادى للالتزام ،والمدين بالنسبة لهذا المظهر لايأتى إلا مجرد عمل مادى Acte matériel أما المظهر الثانى،فهو مظهر مراقبة هذا التنفيذ ،للتأكد من مدى مطابقته ،وهذا المظهر لايتم إلا بالسماح للدائن بمراقبة صفة الوفاء المقدم بواسطة المدين ؛(٦) وبتمام هذا المظهر تبدأ المدد المتعلقة بالضمانات المختلفة فى السريان (٧).

بعد عرضه للنظرية العامة للوفاء ،ينتقل صاحب الرأى إلى تطبيق أحكامها على عملية التسلم ؛(٨)حيث يقرر أن هذا التحليل يسمح بتوضيح إجراءات عملية التسلم ،فيعرف عقد المقاولة بأنه: «ذلك العقد المحدد ، الذى يضع المقاول فى حالة استقلال عن رب العمل أثناء تنفيذ الأعمال محل التعاقد» وعلى ذلك فإن الرقابة تحدث فى المواقع على النتيجة بعد استكمال الأعمال . ولكى نسمح لرب العمل بإتمام هذه الرقابة فإن على المقاول أن يسارع إلى تسليم

---

(٦) مدام نيقولا كاتالا : Mme Nicola CATALA
الطبيعة القانونية للوفاء " La nature juridique du payement
رسالة من باريس ١٩٦١ ص ١٦٥ وما بعدها .

(٧) بوبلى : المرجع السابق فقرة ٢٠٦ ص ١٢٣ .

(٨) بوبلى : المرجع السابق فقرة ٢٠٧ ص ١٢٤ .

العمل Livraison في المدة المتفق عليها ،هـذا الالتزام ليس محل اختلاف . ويقابله من الطرف الآخر قبض واستلام Réception الشيء المصنوع ،فحين يقال : تسليم الشيء برده وإرجاعه إلى صاحب الحق فيه " Remise " يقال تسلم " Réception " الشيء بواسطة من أعد الشيء لصالحه . وأن التسلم Réception ليس إلا استلاما delivrance من جانب الدائن وهو رب العمل ،فهو إذن عكس التسليم livraison ،ويدعم قوله هذا،بحكم لمحكمة أول درجة في مدينة برست Brest (٩) جاء فيه،أن التسلم la réception يميز caractérise التسليم القانوني للعقار " la livraison juridique de l'immeuble

ويرى صاحب الرأي محل المناقشة ،أن هذا التحليل - وإن لم يكن في حد ذاته تحليلا قانونيا ،بل مجرد إثبات مادي - يجد سنده في المادتين ١٧٨٨ ، ١٧٩٠،من المجموعة المدنية،اللتين - كما هو واضح - استعملا لفظ " Recevoir " لتجنب التكرار الغير مفيد لكلمة " livrer " كما أن الاستلام " La livraison " أو وضع اليد " la remise " ليس إلا عملا ماديا .فان التسلم " la réception " ليس إذن إلا مجرد واقعة .

أما فيما يتعلق برب العمل ،فهو عندما يتسلم الأعمال لايعبر عن أي إرادة منشئة ،بل يقتصر دوره على أن يسمح للقانون بإنتاج آثاره . فهو لايعتبر قد باشر عملا قانونيا إلا عندما يرفض التسلم

---

(٩) حكم محكمة أول درجة في مدينة برست Brest في ٤ مارس ١٩٧٠ (ذكره بوبلي ،انظر الهامش السابق) حيث تقررالمحكمة " la réception caractérise la livraison et la réception"

عكس ذلك : فيليب مالنفو وفيليب جستان (المرجع السابق) فقرة رقم ٧٧ ص ٩٣ . " qui opposent la livraison et la réception "

أو يقرر وضع تحفظات ،لأنه بذلك يرجئ النتائج القانونية للتسلم.

ومن جهة أخرى ،فليس التسلم هو الذى يعقد مسئولية المقاول، ولكن خطأه السابق ،الذى ارتكبه أثناء التنفيذ ،والضرر المترتب عليه ،هما السبب فى انعقاد مسئوليته . فالتسلم ليس له اذن ،أى تأثير فى إبراء ذمة المدين ،لأنه لايثبت إلا مجرد التنفيذ ، وليس المطابقة . وعلى ذلك فغياب التسلم ليس بمؤثر على إبراء ذمة المدين، متى تمت المطابقة ،فوجود المطابقة فى حد ذاته، كاف لإحداث الأثر المسقط ،وذلك بواسطة إرادة المشرع لا إرادة رب العمل ،فالإفصاح عن إرادة هذا الأخير، فى هذا الأمر، لايضيف جديدا (١٠).

ونحن فى معرض التعليق على هذا الرأى ،نرى أن فيه مصادرة على المطلوب .

فالمطلوب بيانه من هذا البحث هو : هل التسلم عمل قانونى، أم مجرد واقعة قانونية ؟ فإذا يصاحب هذا الرأى ،يفترض بداءة أن التسلم واقعة قانونية ،ثم يذهب فى الدفاع عن ذلك . بينما كانت سلامة البحث تقتضيه أن يترك البحث يسير حرا فى مجراه المعتاد ثم يخرج منه بالنتائج التى يؤدى إليها .

وتفسير ذلك : أن الاستاذ برنارد بوبلى وقف من التسلم عند الجانب المادى منه فقط ،وهو جانب وضع اليد على الشئ المصنوع أو المنجز وقبضه واستلامه . وجعل هذه الواقعة هى كل التسلم بالمقابلة لواقعة التسليم التى يبدأ بها المقاول ،بوضع الشئ تحت

---

(١٠) انظر فى عرض هذا الرأى :
- مدام مارى رينو : المقال السابق . فقرة رقم ١٦.
- البرت كاستو : المرجع السابق فقرة رقم ١١٤ ص ٧٥ ، ٧٦ .
- جاك مونتميرل والبرت كاستو : تحرير وتنفيذ المشروعات الخاصة passation et exécution des marchés de travaux privés
ط Moniteur ت. pub ١٩٧٩ فقرة ٦٤٢ وما بعدها ص ٣٨٣ ومابعدها.
إلى غير ذلك من المراجع والمقالات المثبتة فى كل منها.

تصرف رب العمل ،دون عائق مادى ،أو قانونى من جانبه ،وبذلك جعل من التسلم ،مجرد واقعة مادية ،ليس لها من الآثار القانونية إلا ما يرتبه القانون عليها ،مغفلاً أو متجاهلا الجانب الإرادى فيها، ففى نظره، أن رب العمل حين يتسلم الأعمال المنجزة، لايفصح عن أى إرادة منشئة ،بل يقتصر دوره على مجرد السماح للقانون بإنتاج آثاره . إلا إذا قرر الرفض ،أو تقرير بعض التحفظات ،فهنا فقط يرى أن إرادة رب العمل قد تدخلت لإحداث آثار قانونية، تتمثل فى إرجاء النتائج القانونية للتسلم .

لهذا فإن الأستاذ بوبلى يرى أن واقعة التسلم هى مجرد وسيلة فنية لإثبات واقعة التسليم ،وأنه ليس لها من آثار قانونية سوى تلك الآثار التى يرتبها القانون عليها . ولعلنا نستطيع القول: إن اقتصار الأستاذ بوبلى على الجانب المادى فى عملية التسلم، وإنكاره أو إغفاله للجانب الإرادى فيها ،هو الذى جعله ينكر على التسلم الآثار الهامة التى تترتب عليه ،والتى جعلت منه عقد القبة أو حجر الزاوية فى نظام مسئولية الإنشائيين ،على حد تعبير الأستاذ جون بيبركاريلا(١١) والتى جعلتنا نعتبره - بعد حدوثه مستوفيا كافة شروطه التى سيأتى تفصيلها - شرطا جوهريا من شروط سريان المسئولية العشرية فى القانون المصرى ،والعشرية والثنائية فى القانون الفرنسى .

وإنه لمن العجب العجاب ،أن ينكر الأستاذ بوبلى الجانب الإرادى فى عملية التسلم، رغم أهميته ووضوحه للعيان . فرب العمل عندما يذهب ليتسلم العمل بعد إنجازه ،لايتسلمه بطريقة عشوائية مادية فقط ،دون معاينة ،أو دون فحص ومراجعة ،بل إننا إذا انتقلنا إلى أرض الواقع لوجدنا أن رب العمل نادرا ما يذهب منفردا ليتسلم العمل ،بل الغالب الأعم أنه يصطحب معه من يساعده فى الأمر، ممن هم أكثر منه خبرة ودراية فيه، كالمهندس المعمارى ،أو خبير فنى أو

---

(١١) كاريلا : المرجع السابق ،فصل F ص ١

المشرف على العمل ،ممن يستشيرهم فيشيرون عليه ،ويستنير برأيهم فيبدونه له ،ولا يقوم بتسلم العمل ،إلا بعد أن يستقر هو ومن معه فى الرأى على التسلم ،سواء مع أو بدون تحفظات ،ليس ذلك إلا لعلمه سلفا، بما سيرتبه عليه إقراره للعمل ،واستلامه له من آثار قانونية هامة، سيأتى بيانها فى حينه، أليس كل ذلك بكاف لإبراز الجانب الإرادى فى عملية التسلم ،وأن رب العمل بتسلمه العمل إنما يفصح عن إرادة باتة وجازمة ،فى إبراء ذمة مدنيه من التزاماته التعاقدية إلى غير ذلك من آثار قانونية أخرى .

ثم على افتراض القول جدلا - والذهاب مع الأمر النادر فى العمل - بأن رب العمل يذهب وحيدا لتسلم العمل ، أفلم يفصح - مريدا - للمقاول عن رضائه عن العمل ،وحتى إذا حاول كتمان هذا الرضا ، أفسيتركه المقاول على ذلك ،دون أن يحاول انتزاعه منه انتزاعا ،ليثبته فى محضر التسليم والتسلم ،وليبرئ ذمته أمامه باستظهار ذلك الرضا ،وهو الذى يعرف تماما أنه لن تبرأ ساحته، ولن يستطيع الحصول على بقية مبلغ المقاولة ،إلا بعد توافر هذا الرضا .

وحتى لو ذهبنا فى الافتراض إلى أبعد من ذلك ،بأن رب العمل تسلم العمل دون وجود المقاول ،ولم يتطارحا القول ،أو يتجاذبا أطراف الحديث، بل وضع يده على العمل بعد تمام إنجازه ،واستعمله فيما أعد له ،دون إبداء تحفظات أو حتى مع وجودها . أفليس هذا افصاحا ضمنيا عن إرادته بقبول العمل ،وإقراره له ،وأليس التعبير الضمنى أمرا معترفا به فى عالم القانون .

إن وقوف الأستاذ بوبلى عند الجانب المادى لعملية التسلم فقط ،مجرد فرض نظرى ،يمجه الواقع ،وتأباه مقتضيات المنطق القانونى السليم .

أما قوله بأن الآثار التى تترتب على واقعة التسلم ،ليس

للإرادة فيها دخل ،وإنما القانون وحده هو الذى ينشئها ويرتبها على تلك الواقعة ،فإننا نرد على ذلك بأمرين :

أولهما : أنه من المعلوم أن القانون هو مصدر كل الالتزامات والتعهدات ،ولكنه المصدر البعيد لها ،ولاشك أن هناك مصادر لها أقرب منه (١٢)، منها الإرادة ،فلا ينبغى إنكار مالها من دور فى هذا الشأن .

ثانيهما : أنه بينما ينكر الأستاذ بوبلى الجانب الإرادى فى عملية التسلم ،رغم وضوحه للعين المجردة ،ورغم وضوح تقهقر دور القانون فيه أمام دور الإرادة ،فإننا نراه يقر دور الإرادة ،رغم تقهقره أمام دور القانون ،فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لمسئولية الإنشائيين ،ويصفها بأنها مجرد تطبيق عملى للمبادىء العامة للمسئولية العقدية (١٣).

وأخيرا، فإن للباحث أن يلاحظ ،كيف أن الأستاذ بوبلى يقر دور الإرادة عند رفضها لعملية التسلم ،أو حتى عند قيامها بتسلم العمل المنجز مع تقريرها بعض التحفظات عليه ،بينما ينكره عليها عند إقدامها وتسلمها للعمل الذى تم إنجازه ،مع أن الإرادة هنا هى بذاتها هناك . الأمر الذى يجعلنا لانرى فيه إلا أنه كيل بكيلين مختلفين لشىء لاينبغى له إلا كيل واحد .

---

(١٢) السنهورى : الوسيط : جـ ١ ط ٢ ١٩٦٤ ،دار النهضة العربية ،فقرة ٩٠٢ ص ١٤٣٨ ،عبد الودود يحيى : المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ١٩٧٠ - دار النهضة العربية - ص ١٢٦ .

(١٣) بوبلى : " La responsobilité des arehitectes , des entrepreneurs er autres locateurs d'ouvrages éd. Paris 1971 , P. 1x, "

وانظر أيضا مقالا له بعنوان : " Le poinr de la jurisprudence sur la responsalilite des arehiteetes et des entrerreneurs J.C.P. 1975 , I, 2721 N° 8.

لكل هذا فإن الفقه الغالب فى فرنسا ،لايذهب إلى ما ذهب إليه الأستاذ برنارد بوبلى ،من اعتباره التسلم مجرد واقعة قانونية ،بل على العكس من ذلك ،"لايرى فيه إلا عملا قانونيا، صادرا بإرادة منفردة ،هى إرادة رب العمل ،وبالتالى فهو يبرز الدور الهام للتسلم فى مجال مسئولية الإنشائيين ،ويرتب عليه كافة الآثار القانونية ،التى تترتب على العمل القانونى ،ولايقف به عند مجرد أنه واقعة القبض ، أو وضع اليد على الشىء المسلم، مع مافى ذلك من إهدار لدور الإرادة فيه ،الأمر الذى ترتب عليه إنكار الدور الهام للتسلم فى هذا المجال .

وبذلك ننتقل الى بيان ما يذهب إليه الفقه الغالب فى فرنسا من أن التسلم هو عمل قانونى ،بل وصادر من إرادة منفردة هى إرادة رب العمل .

النبذة الثالثة - التسلم عمل قانونى انفرادى

يذهب الفقه الغالب فى فرنسا ،إلى أن التسلم عمل قانونى: صادر من إرادة منفردة، رافضا، بذلك، جعل تسلم الأعمال مجرد وسيلة فنية لإثبات واقعة التسلم ،دون ارتباطها بأى إرادة منشئة لرب العمل ،مع ما يترتب على ذلك من إنقاص لشأن التسلم فى هذا المجال (١٤) وذلك بإنقاص مايترتب عليه من آثار قانونية . كذلك فإن هذا الفقه - يؤيده القضاء - ينكر على التسلم الطبيعة الاتفاقية أو العقدية ،والتى تفترض التراضى بين إرادتين أو أكثر كما سبق أن بينا (١٥).

---

(١٤) روجيه سانت الارى : " بيع العقارات تحت البناء والالتزام بالضمان بسبب عيوب البناء "الأسبوع القانونى" J.C.P. " ١٩٦٨ - ١ - ٢١٤٦ . بيتر المرجع السابق ص٩٥

(١٥) انظر فيما سبق ص١٥٨ وما بعدها .

هكذا، يتفق هذا الفقه فى استبعاد كل من هاتين الفكرتين عن التسلم ،ويجعل منه ذلك العمل القانونى، الصادر من إرادة منفردة، هى إرادة رب العمل وحده ،مستندا فى ذلك إلى الحجج الآتية :

١) إن المادة رقم ٦/١٧٩٢ فقرة أولى بينت أن التسلم هو "العمل الذى عن طريقه يقر رب العمل بقبوله الأعمال ...." دون أن يرد بها ذكر لأى إرادة أخرى مثل إرادة المقاول . وهكذا أعلن المشرع أن التسلم هو عمل رب العمل ،مما يفهم منه بطريق اللزوم انصراف إرادته إلى اعتبار أن التسلم عمل قانونى صادر عن ، إرادة منفردة هى إرادة رب العمل،(١٦) ولو أراد غير ذلك لأفصح لاسيما وأنه فى مجال البيان .

٢) أن هذه الملاحظة السابقة تؤكدها الأعمال التحضيرية للقانون . حيث كان نص المادة ٦/١٧٩٢ فى مشروع الحكومة كالآتى " الأطراف يحددون فى اتفاق عام التاريخ المراد الاتفاق عليه لإنجاز الأعمال : "Les parties fixent d'un commun accord la date retenue pour l'acheve[±] des Travaux "

وبناء على طلب مقرر اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ بتعديل النص المقترح بحذف عبارة " اتفاق عام للأطراف Commun accord des parties تم حذف هذه العبارة وأقره المجلس بعد الحذف .

ويستطرد هذا الفقه قائلا: إن الطابع الانفرادى لعملية التسلم، لا يتعارض مع ما اقتضاه المشرع، من أن التسلم يجب أن يتم حضوريا

---

(١٦) جودميه :" تسلم العمل فى القانون المنظم لتأمين البناء " .
" La réception de l'ouvrage dans la loi réfomant l'assurance - construction " M.T.P. et du Bât. 23 avril 1979 N° 17 P. 105

(١٧) راجع الأعمال التحضرية للقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ .
J.O. déb . de Senat , 30 nov . 1977 P. 2547.

وبناء على طلب الطرف الأكثر حرصا . فهذه تحديدات (تدقيقات) تتعلق بكيفية التسلم، وليس بطبيعته القانونية (١٨)، فتسلم الأعمال هو فى حقيقته العمل القانونى، الصادر بإرادة منفردة، هى إرادة رب العمل فى حضور المقاول ،وبعبارة أخرى فهو يصدر عن إرادة رب العمل وحده ويتم حضوريا (١٩).

هذه هى وجهة نظر الفقه الغالب فى فرنسا بالنسبة للطبيعة القانونية للتسلم عرضناها بأسنيدها لننتقل بعد ذلك لبيان وجهة نظرنا فى المسألة .

النبذة الرابعة : وجهة نظرنا فى مسألة الطبيعة القانونية للتسلم

بعد أن فرغنا من عرض وجهة نظر الفقه المصرى ،مستخلصين إياها من شروحه لالتزام رب العمل بالتسلم ،ثم وجهة نظر الفقه الفرنسى ،كما صرح بها فى الآراء الثلاثة التى سبق عرضها: فإننا نرى من باب اللزوم علينا ،أن نبدى وجهة نظرنا فيها ،علنا نضيف بها إلى البناء لبنة ،فما الصرح إلا تكاتف لبنات ،وليس المحيط إلا تجمع قطرات .

وفى رأينا : فان تعرضنا لهذه المسألة ،لإبداء وجهة نظر متواضعة فيها ،يقتضى منا وضع منهج علمى ،يقوم على أساسه التحليل، لنصل به إلى المنطقى الواقعى من النتائج .

---

(١٨) جودميه : المقال السابق ص ١٠٥ .

(١٩) مالنفو وجستاز : مقال " قانون ١٢ لسنة ٧٨ المتعلق بالمسئولية والتأمين فى مجال البناء " الأسبوع القانونى ١٩٧٨ - ١ - ٢٩٠٠ فقرة رقم ٨ .

وإذا كانت المسألة المطروحة للبحث ،هى : هل التسلم واقعة قانونية ،أم هو عمل قانونى،أم هو بين هذا وذاك ،فإن المنهج يقتضينا التعرض بشىء من الإيجاز ،لكل من الواقعة القانونية والعمل القانونى ،ثم تطبيق مبادىء كل منهما على عملية التسلم لنرى إلى أى منهما يكون الانتماء ،ولمن فيهما تكون التبعية .

يرُد الفقه الحديث (٢٠) الأحداث التى تستثير تطبيق القانون إلى طائفتين (٢١) هما : الوقائع القانونية ،والأعمال القانونية .

ويعرف الفقه الواقعة القانونية بأنها : كل حدث يرتب القانون على مجرد وقوعه أثرا معينا ،(٢٢) بصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة صاحبة ،(٢٣) أو هى واقعة مادية - طبيعية أو بفعل الإنسان-

---

(٢٠) انظر فى ذلك : من الفقه المصرى :

السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٣٢ ص ١٤١ وما بعدها ،نظرية العقد ص ٧٢ - ٧٤ ،مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ١ ط ٥٣ /١٩٥٤ ، ص ٦٦ - ٦٩ : حيث يرى سيادته أن الفقه الإسلامى أكثر مطاوعة للتقسيم الثنائى من الفقه الغربى . سليمان مرقس : موجز للعلوم القانونية ط ١٩٥٣ ص ٣٦٥ وما بعدها ،اسماعيل غانم : محضارات فى النظرية العامة للحق ط ٣ ١٩٦٦ ص ١٣٧ وما بعدها . عبد الودود يحيى : المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق (سابق) سنة ١٩٧٠ ص ١٢٦ وما بعدها أحمد سلامة وحمدى عبد الرحمن : الوجيز فى المدخل لدراسة القانون ١٩٧٠ ص ٢٢٢ وما بعدها ،حسام الأهوانى : مقدمة القانون المدنى (نظرية الحق) ١٩٧٣ ص ٣٦٢ وما بعدها ،توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ج ٣ سنة ١٩٧٥ ص ٨١٦ وما بعدها .

من الفقه الفرنسى :
الأستاذة مازو وچيچلار : "دروس فى القانون المدنى " ج ١ المجلد ١ ط ٥ سنة ١٩٧٢ " مقدمة لدراسة القانون " فقرة ٢٥٨ ، ٢٥٩ ص ٢٩٥ حتى ص ٣١٢ " ستارك : " القانون المدنى " المقدمة ١٩٧٢ ، الفقرة ٣٦٥ - ٣٧٨ ص ١٥٠ - ١٥٥ . جاك فلوروجون لوك أوبرت :القانون المدنى - مصادر الالتزامات : المجلد الأول : الأعمال القانونية ص ٥٥ وما بعدها ،المجلد الثانى : الواقعة القانونية ص ٥ . طبعة أرمن كولان ١٩٨١ .

(٢١) وهناك من يردها إلى طوائف ثلاث : الواقعة القانونية المجردة العمل القانونى ،التصرف القانونى . انظر فى ذلك : عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ سنة ١٩٥٤ " مصادر الالتزام" ويشير إلى بارپيرو فى القانون الخاص الإيطالى ج ٣ ص ٢٤٨ بند ٦٧ وما بعدها .

(٢٢) توفيق حسن فرج : المرجع السابق ص ٨٢١ وما بعدها .

(٢٣) حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ٣٦٣ وما بعدها .

يرتب عليها القانون أثرا معينا ،بصرف النظر عن اتجاه الإرادة ، لإحداث هذا الأثر (٢٤). أو هى كل أمر أناط القانون بوقوعه أثرا قانونيا ،وذلك فيما عدا التصرف القانونى (٢٥) أو هى الحدث الذى يعدل فى المركز القانونى ،دون أن تكون هذه النتيجة مرادة (٢٦).

والذى نستطيع استخلاصه من كل هذه التعريفات ـ التى وإن اختلفت مبنى إلا أنها ،فى نظرنا ،اتفقت معنى أن القانون لايعتد فى الواقعة القانونية إلا بمجرد الوقوع ،غير عابئ بوجود إرادة فى هذا المجال ،أو عدم وجودها ،فالعبرة عنده ،كى يرتب آثاره ،هى بمجرد الوقوع ، لا بالإرادة (٢٧).

إذا تركنا الواقعة القانونية، إلى العمل القانونى ،فإننا نجد الفقه يعرفه بأنه : عمل الإرادة المحضة ،تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة (٢٨). أو هو مجرد إتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانونى معين. (٢٩) أو هو مسلك إرادى، بقصد إحداث أثر قانونى معين. (٣٠) أوهو إعلان عن الإرادة ،يتم بواسطة واحد أو أكثر من الأشخاص ،بقصد إنشاء ،أو تعديل ،أوقضاء حق معين . فعندما يقوم

---

(٢٤) إسماعيل غانم : المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها
عبد الودود يحى : المرجع السابق ص ١٢٦ .

(٢٥) أحمد سلامة وحمدى عبد الرحمن : المرجع السابق .

(٢٦) الأساتذة مازو : دروس ج ١ ،ط ٥ ، ١٩٧٢، فقرة ٢٧٨ ص ٣١١.

(٢٧) جون مارتا دولاموت : " التصرف القانونى الانفرادى"رسالة من تولوز ١٩٤٩ فقرة ١٨ ص ٢٨ .

(٢٨) السنهورى : الوسيط ج ١ ص ١٤٣ فقرة ٣٢ ،إسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٤٠ ،حسام الأهوانى ،المرجع السابق ص ٣٦٥.

(٢٩) سليمان مرقس : المرجع السابق ص ٣٦٧ ،توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ١٢٧ .

(٣٠) أحمد سلامة : المدخل لدراسة القانون ـ الكتاب الثانى مقدمة القانون المدنى ـ نهضة مصر ١٩٦٣ ص ٣٥٧ .

شخص بعمل قانونى ،فإنما يلقى بإرادته فى خضم القانون (٣١).

وهكذا يظهر دور الإرادة فى العمل القانونى ،باعتبارها قوام هذا العمل ،وأساس وجوده . وهذا ما تؤكده التعريفات التى ذكرناها ،فكلها تجمع على أن العمل القانونى ،ماهو إلا إتجاه الإرادة ،نحو إحداث أثر قانونى معين ،وإن اختلفت طرق العبارة إلى هذا المعنى .

من ذلك يتضح ،أن معيار التمييز بين الواقعة القانونية والعمل القانونى ،يكمن فى الدور الذى تلعبه الإرادة بالنسبة لكل منهما فبينما يكون هذا الدور غائبا ولا أثر له فى الواقعة القانونية إذا به يكون مناط العمل القانونى ،وذروة سنامه .

وعلى ذلك يمكن القول بأنه : حيث يكون دور الإرادة ضروريا وجوهريا ،حتى يترتب الأثر القانونى المرتقب ،نكون بصدد عمل قانونى ،أما حيث تكون الإرادة مهملة فى وجودها ،أو دورها ،نكون بصدد واقعة قانونية (٣٢) .

وإذا كانت الوقائع القانونية من الكثرة والتنوع ،بحيث لا يسعها حصر ،ولا يعمها استقصاء ،الأمر الذى جعل الفقه يصرف النظر عن أن يضع لها نظرية عامة ،تلم شتاتها وتحيط بأطرافها (٣٣) ، فعلى العكس من ذلك : فالأعمال القانونية محدودة ومحصورة ،لذلك

---

(٣١) الأساتذة مازو : دروس ،سابق ،فقرة ٢٥٨ ص ٢٩٥.

(٣٢) جون دولاموت : المرجع السابق - ص ٢٤٠ وما بعدها
" Qui oppose la difinition classique fondée sur un critère subjectif de la volonté de l'auteur de l'acte à celle de Counot : (le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé Thèse DIJON 1912 P . 240ets). qui lui s'attache au résultat objectif de la cette volomté "

(٣٣) عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ١١ ،توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ٢٢٢ .

تمكن الفقه من صياغة نظرية عامة لها . تحدد أركان العمل القانونى وأنواعه ،وشروط صحته ،وطرق إثباته ،وآثاره ،وانقضاءه ،إلى غير ذلك ،مما ليس بمتيسر فى الوقائع القانونية (٣٤).

الوقائع المركبة المختلطة

رأينا فيما تقدم،أن قوام التصرف القانونى إرادة محضة، تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين ،فى حين أن الواقعة القانونية واقعة ماديه ،يرتب عليها القانون أثرا معينا .

ومع ذلك ،فإن بعضا من التأمل فى الأحداث والوقائع، التى تتفاعل فى العلاقات الاجتماعية،يمكن أن يكشف للباحث عن أن هناك وقائع تقع بين هذا وذاك ،فلا هى واقعة مادية بحتة،ولا هى بالتصرف القانونى الصرف ،بل يجتمع فيها العنصران،المادى والإرادى . وقد رأى الأستاذ الدكتور السنهورى تسمية هذه الوقائع : بالوقائع المركبة ،والوقائع المختلطة؛فى النوع الأول ،يجتمع العنصرالمادى والعنصر الإرادى ،دون أنيختلطا ،وفى النوع الثانى،يختلط العنصران معا . ويقول سيادته فى ذلك : " إذاكانت الواقعة القانونيةتتركب من واقعةمادية ،وعمل قانونى ،كانت مركبة مثل ذلك : الشفعة ؛ اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ،وهذه واقعةمادية، بإعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وهذاعمل قانونى ، أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئا واحدا ،اختلط فيه العنصرالمادى بعنصر الإرادة ،كانت الواقعة مختلطة . مثل ذلك : الاستيلاء؛ اختلطت فيه الحيازة المادية ، وهى عنصر مادى ، بإرادة المستولى فى أن يتملك فى الحال ،وهى عنصر إرادى،ولكن العنصر المادى هنا هو الغالب . ومثل ذلك أيضا : الوفاء ؛ اختلط فيه تسليم الشىء الواجب الأداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على انقضاء الدين

---

(٣٤) سليمان مرقس: المرجع السابق ص ٣٦٨ ،اسماعيل غانم: المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها.

، وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإرادى هنا هو المتغلب (٣٥).

بعد أن انتهينا من إعطاء فكرة موجزة عن كل من : الواقعة القانونية ،والعمل القانونى وكذا عن الوقائع المركبة والمختلطة نحاول الآن تحليل عملية التسلم ،لنرى إلى أيها أقرب وتحت لواء ، أى منها تنضوى .

إذا تأملنا عملية التسلم ،نجد أنها تحتوى على عنصر مادى، يقوم به المتسلم ،مقابل للعمل المادى،الذى يقوم به المسلِّم ؛ فالمسلِّم فى عملية التسليم والتسلم،يقوم بالتخلية بين الشئ موضوع التسليم ،وصاحبه ،وذلك بوضعه تحت تصرفه ،بحيث يستطيع الانتفاع به ،دون عائق مادى أو قانونى من جانبه (٣٦)،ويتم هذا حسب الأحوال وبما يتفق وطبيعة الشئ محل التسليم ،وطبقا للمتفق عليه بين الأطراف ،أو طبقا للعرف السائد فى المهنة .

والمنطق يقضى فى مثل هذه الحالة ،بأن يبادر الطرف الثانى وهو المسلَّم إليه ، متى أخطر بذلك ،بالقيام بعمل مادى مماثل يتمثل فى استلام الشئ المسلَّم ،بوضع يده عليه - فعلا أو حكما - ومعاينته ،سواء بنفسه ،أو بواسطة من يكلفه بذلك،ممن هم أكثر منه خبرة فى هذا المجال ،حتى يتيقن من أن الشئ خال من أية شائبة تشوبه ،أو عيب يمنع تسلمه .

إلى هنا فإن المتسلِّم يقوم بعمل مادى، مقابل لعمل الملتزم بالتسليم ،فكلاهما طرف فى هذه العملية ،وكل منهما يقوم بعمل مادى ،مقابل لما يقوم به الآخر . ولكن وإن وقف دور الملتزم بالتسليم عند هذا الجانب المادى ،فإن دور الملتزم بالتسلم لاينتهى بذلك،أى لاينتهى بذلك العمل المادى الذى قام به ،والذى

---

(٣٥) السنهورى : الوسيط ج ١ ص ١٤٥ آخر هامش رقم ١/ ، اسماعيل غانم : المرجع السابق : ص ١٤٢ ، ١٤٣ .
(٣٦) شنب : المرجع السابق بند ١٢٦ ص ١٥٠ .

تمثل فى وضع اليد على الشئ واستلامه ومعاينته كما سبق القول، وإنما بقى عليه دور آخر، يستلزمه منه الطرف الآخر فى العملية ويقتضيه، هذا الدور هو إعلانه لنتيجة المعاينة والفحص، فإما أن الشئ محل التسلم مطابق وموافق لمواصفات الصفقة وأنه خال من العيوب التى تمنع تسلمه وقبوله، أو أن به بعض العيوب البسيطة التى توجب بعض التحفظات، ولكن لا تمنع التسلم والقبول، أو أنه غير مطابق لمواصفات الصفقة، أو يحتوى على بعض العيوب، أو غير صالح لما أعد له، وبالتالى يمتنع تسلمه وقبوله .

فى كل من هذه الحالات الثلاث، فان المتسلِّم إنما يفصح عن إرادة حقيقية له، منتجة لآثارها القانونية، التى يرتبها القانون على هذا الإفصاح والإظهار للإرادة . هذه الإرادة الحرة الواعية، المدركة لأبعاد ما تقوم به، تتمثل فى قبول الشئ، والموافقه عليه وإقراره، إذا وجدته خال من العيوب، تام المطابقة لما هو متفق عليه، ولما تقتضيه طبيعته، والغرض المقصود منه . وفى هذه الحالة تتجه الإرادة إلى إنتاج آثارها القانونية فى الحال، من إبراء لذمة المدين مما عليه من التزامات عقدية، ودفع ماهو باق له من أتعاب أو ثمن .....الخ . وقد تتمثل إرادة الملتزم بالتسلم فى الإفصاح عن القبول والإقرار، مع ذكر بعض التحفظات، يقتضيها ما احتوى عليه الشئ محل التسلم من عيوب بسيطة، يقدرها أهل الخبرة بأنها لا تمنع التسلم ولا تعوقه . كما قد تتمثل هذه الإرادة - فى النهاية - فى رفض التسلم، وعدم قبول أو إقرار الأعمال المعروضة حالة احتوائها على عيوب جسيمة تمنع تسلمها وقبولها (٣٧).

---

(٣٧) عكس ذلك : بوبلى - المرجع السابق بند ٢٠٨ ص ١٢٤: ١٢٦ الذى لايعتبر رب العمل قد أفصح عن إرادة باتة وجازمة ومنتجة لآثارها إلا حيث يبدى تحفظات على الشئ محل التسلم أو يرفض تسلمه، أما حيث يقبل العمل ويقره فهو لا يعبر عن إرادة منشئة لآثار قانونية . راجع فيما سبق ص١٥٩ .

هكذا يتضح من هذا العرض ، أن عملية التسلم ليست مجـــرد وقوع حدث معين ،ولا هى محض إرادة فقط ،بل هى - كما اتضـح من تحليل ما يجرى فى الواقع العملى - مزيج من هذا وذاك ،خليـــط مادى وقانونى ،حدث يقع بإرادة واعية تحدثه،مريدة نتائجه مدركه لكافة آثاره (٣٨) . فهى على هذا الوضع واقعة مختلطة بين عنصر مادى ،وهو مجرد القبض أو وضع اليد ،أو الاستيلاء المادى،علـــى الشىء الذى تجرى عليه عملية التسليم والتسلم ،وعنصـــر إرادى يتمثل فى قبول واعتماد الأعمال التى تم إنجازها ،والإقـــرار بمطابقتها . وإن كان الغالب فيها هو عنصر الإرادة ،إذ هو الـذى يترتب عليه جل الآثار القانونية ،إن لم يكن كلها ،(٣٩) بينمـــا لايترتب على العنصر المادى إلا بعض الآثار البسيطة ،(٤٠)والتى مـــن أهمها انتقال الحراسة (٤١).

---

(٣٨) قرب من هذا: مدام مارى رينو : المقال السابق فقـرة ١٩ ص ١١٢ :

"lors de la constatation de la conformité la volonté joue un rôle déterminant qui se manifeste par l' intention de vérifier l'ouvrage de l'accepter tel qu'il est et de n'exercer de recours contre l'enterpreneur qu'en cas de vice caché de certains travaux"

(٣٩) مثل انتقال الملكية ،وانتقال تبعة الهلاك وإبراءذمة المقاول من الالتزامات العقدية ،ودفع المتبقى له من أقســاط أو مبالغ ،وبدء سريان المدد المتعلقة بالضمانات المختلفة ،كمـــا سيأتى بيانه فى موضعه من البحث .

(٤٠) انظر بوبلى : المرجع السابق . فقرة ٢٠٣ ص ١٢٢ حتـى فقرة ٢١٦ ص ١٣٢ حيث وقف بالتسلم عند العنصر المادى فقـــط وبالتالى بداله أمرا غير ذى بال ، لتفاهة ما يترتب عليه مـــن آثــار .

(٤١) فيليب مالنفو وفيليب جستاز : المرجع السابق ،فقـرة رقم ٧٧ ص ٩٣ .

ولما كانت الأحكام تنبنى على الغالب من الأحوال ، إذ النادر لا حكم له ، وجب اعتبار التسلم من طبيعة إرادية ، أى أنه عمل قانونى ، يخضع لأحكام النظرية العامة للعمل القانونى ، وليس مجرد واقعة قانونية كما ذهب البعض (٤٢).

ولكن هل التسلم تصرف انفرادى ؟

الإجابة على هذا السؤال تقتضينا بداءة أن نعرض فى إيجاز كبير لتعريف الإرادة المنفردة ، أو التصرف الانفرادى . لنرى عما إذا كان هذا التعريف ينطبق على التسلم ، فيكون عملا قانونيا لإرادة منفردة ، أم لا ، فيكون غير ذلك .

تعريف التصرف الانفرادى

عرفه الأساتذة مازو : بأنه ذلك العمل القانونى ، الذى ينشىء التزاما على عاتق شخص واحد بإرادته المنفردة (٤٣).

وعرفه الأستاذ الدكتور السنهورى بأنه : عمل قانونى صادر من جانب واحد ، ينتج آثارا قانونية مختلفة (٤٤) وهو التعريف الذى سار عليه غالب الفقه المصرى (٤٥).

---

(٤٢) بوبلى : المرجع السابق ـ فقرة ٢٠٧ ص ١٢٤.

(٤٣) الأساتذة مازو وچيجلار : دروس ... ج ٢ ط ٥ ـ المجلد الأول فى النظرية العامة للالتزامات ص ٣٠٨ ، وانظر أيضا بلانيول وريبير وإسمان المرجع السابق ج ٦ فقرة ٨ ص ٩ ، وايل وتر : القانون المدنى الالتزامات ـ دالوز ١٩٧٦ ط ٣ ١٩٨٠ فقرة ٢٥ ص ٢٨ .

(٤٤) السنهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٩٠٦ ص ١٤٤٥ .

(٤٥) عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٣٨٦ وما بعدها عبد المنعم فرج الصدة المرجع السابق ، فقرة ٣٨٨ وما بعدها ص ٤١٥ وما بعدها ، أنور سلطان : الموجز فى مصادر الالتزام منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٠ فقرة ٣٤٠ ص ٢٩٢ ، عبد المنعم البدراوى : مصادر الالتزام . سيد عبد الله وهبة ١٩٧٥ فقرة ٤١٠ ص ٥٢٥ ، جميل الشرقاوى مصادر الالتزام " التصرف القانونى " ١٩٧٤ فقرة ٨٠ ص ٢٩٧ .

ولعلنا نلاحظ للوهلة الأولى ، أن التعريف الذى أورده الفقه المصرى ، أكثر دقة من التعريف الذى أورده الفقه الفرنسى ، حيث إنه من أهم خصائص التعريف أن يكون جامعا - أى جامعا لكل مفردات المعرف وعناصره - مانعا - أى مانعا من دخول غيره معه - والتعريف الفرنسى فى نظرنا غير جامع ؛ لأنه يمكن أن يفصح عدة أفراد عن إرادتهم فى إنشاء التزام على عاتقهم ، وهذه إرادة ؛ وإن تعدد أشخاصها ، إلا أنها تعتبر إرادة واحدة ، صادرة من جانب واحد .

وهكذا ، فبينما يصدر العمل القانونى عادة من إرادتين مختلفتين أو أكثر ، لشخصين مختلفين أو أكثر ، فإن العمل القانونى الانفرادى ، لايتطلب سوى إرادة واحدة ، صادرة من جانب واحد فقط وإن تعدد أشخاص هذا الجانب ، فالعبرة بوحدة الإرادة لا بوحدة الشخص .

بعد إلقاء هذه النظرة الوجيزة على تعريف الإرادة المنفردة أو العمل القانونى الصادر من جانب واحد ، نحاول تطبيق مبادئها على التزام رب العمل بتسلم العمل ، لنرى عما إذا كان تسلم العمل هذا عمل قانونى صادر من جانب واحد ، أم أنه غير ذلك .

بادىء ذى بدء ، يجب ألا ننسى أن تسلم العمل بعنصريه ، المادى والإرادى ، هو التزام ملقى على عاتق رب العمل ، ضمن التزامات أخرى يرتبها عليه عقد المقاولة نفسه . وإذا كان الأمر كذلك ، فهل يمكن القول بأن هذا الالتزام صادر من إرادة منفردة لرب العمل .

من المعلوم أن عقد المقاولة هو من العقود التبادلية ، أى تلك العقود التى ترتب التزامات متبادلة بين أطرافها . فكما يلزم هذا العقد المقاول بتسليم العمل بعد إنجازه وإتمامه ؛ فبالمقابلة لذلك ، يلزم رب العمل بتسلم العمل ، والقيام بمعاينته وفحصه ، للوقوف على مدى صحة تنفيذه ، طبقا لما هو متفق عليه ، ولما

تقضى به قواعد الفن ،وعرف المهنة.فتسلم رب العمل للعمل إذن، التزام تعاقدى ،يجد أساسه القانونى أصلا فى عقد المقاولة نفسه، وليس خارج هذا العقد . ومن المعلوم أن الالتزامات التعاقدية لايمكن اعتبارها التزامات صادرة من جانب واحد ،بل هى التزامات صادرة بناء على توافق إرادتين أو أكثر ،ذلك التوافق الذى صب فى النهاية فى صورة العقد الذى أوقعه الأطراف ،وأمضوه فيما بينهم، بما يرتبه على كل منهم من التزامات .

متى كان ذلك كذلك ،فلا يمكن القول بأن قيام رب العمل بتسلم العمل ،طبقا لما يقضى به عقد المقاولة ،المبرم بينه وبين المقاول ،هو قيام بعمل قانونى صادر من إرادة منفردة ،هى إرادة رب العمل . حقا هو إنما يعبر عن إرادته فى تقبل العمل واعتماده، وإقرار مطابقته ،إلا أنه لا يعبر عنها بمحض إرادته واختياره وإنما تنفيذا لالتزام مفروض عليه بمقتضى عقد المقاولة الذى أوقعه مع المقاول . وإلا فكيف يمكن للمقاول أن يجبر رب العمل على تسلم العمل، لو كان هذا التسلم مجرد تعبير عن إرادة منفردة ،يتم باختيار ورغبة رب العمل . إذ من غير المتصور، بل ومن غير المعقول، أن يجبر أحد على إتيان عمل بإرادته المنفردة ،على غير إرادته؛ أى وهو مكره على ذلك . أفمتصور هذا نظرا،أو عملا ؟ ! وإن حدث أو عنصر الرضا والاختيار لايزال موجودا ؟ !!

لذلك فإن للباحث أن يتساءل ،كيف يكاد الفقه الفرنسى ،أن يجمع على أن التسلم عمل قانونى ،صادر من محض إرادة منفردة ،هى إرادة رب العمل ،والفقه الفرنسى نفسه يناقش تسلم العمل على أنه التزام تعاقدى يرتبه عقد المقاولة على عاتق رب العمل .بالمقابلة لالتزام المقاول بتسليم العمل بعد إنجازه وإتمامه مطابقا (٤٦) إن

---

(٤٦) بلانيول وريبير وروast : المرجع السابق ج ١١ فقرة رقم ٩٣١ ص ١٦٩ ، الأساتذة مازو وچيجلار : دروس ج ٣ " عقد المقاولة " فقرة ١٣٥٤ ص ٧٦٥ ،جودميه : المقال السابق ص ١٠٥ ،روجيه سانت الإرى : المرجع السابق ص ٣٧٣ .

الأمر لجد محير ؛ إذ كيف يتسنى القول بتعليق الالتزام على محض إرادة المدين به (٤٦) مكرر

وإننا لنرى الآن أن الفرصة قد حانت لمناقشة ما استدل به الفقه الفرنسى على قوله بأن التسلم عمل قانونى صادر من إرادة منفردة ،هى محض إرادة رب العمل ،ولقد سبق أن بينا أن الفقه الفرنسى استدل على ذلك بأمرين: أولهما ؛ صراحة نص المادة ٦/١٧٩٢ من القانون المدنى المستحدثه بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ .وثانيهما: الأعمال التحضيرية لهذا القانون .

فمن حيث الاستدلال الأول ؛ فقد نصت المادة ٦/١٧٩٢ سالفة الذكر ،فى فقرتها الأولى ،على أن التسلم هو " العمل الذى بواسطته، أوعن طريقه ،يقر رب العمل بقبوله الأعمال ...." فيرى الفقه الفرنسى فى هذا النص دليلا أساسيا على اعتبار التسلم عملا قانونيا صادرا من إرادة منفردة ،باعتبار أنه لم يرد فيه أى ذكر لأى إرادة أخرى غير إرادة رب العمل ،مثل إرادة المقاول . ويرون أن المشرع أعلن بذلك أن التسلم هو عمل رب العمل وحده ،أى أنه هو تعبير عن إرادته وحده ، فهو تعبير عن إرادة منفردة ،ولو أراد غير ذلك لأفصح .

ونحن من جانبنا نرى أن هذا استدلال فاسد للأسباب الآتية :

أولا) أن المشرع عند وضعه لهذا النص ، كان على علم تام بحجم المشكلة ،ومدى الاختلاف والجدل الدائر بصدد هذا الأمر ،ولذلك فقد تعرض للبت فيه لأول مرة . فنص على أن التسلم هو " العمل

---

(٤٦) مكرر - راجع فى ذلك ،عبد الحى حجازى ،المرجع السابق من ص ٣٧٧ : ٣٨٢ . السنهورى : الوسيط ج ١ ط ١٩٦٤ بند ٩٠٦ ص ١٤٤٤: ص ١٤٥١ خصوصا ص ١٤٤٨ ، المدة ، المرجع السابق بندى ٣٨٩ ، ٣٩٠ ،ص ٤١٦ : ص ٤١٨ .

الذى بواسطته ..." متبنيا بذلك فكرة أن التسلم عمل قانونى، ومستبعدا لفكرة أنه مجرد واقعة قانونية ،ولو كان المشرع يريد أن يجعل من التسلم عملا قانونيا انفراديا لأبان ذلك صراحة كما فعل فى الشق الأول، خصوصا وأنه كان فى معرض البيان، وأن الأمر لم يكن ليكلفه الكثير .

ثانيا) أن المشرع إذا كان لم يذكر فى النص سوى إرادة رب العمل ،فليس هذا لأنه يريد أن يشير بذلك إلى أن التسلم عمل قانونى انفرادى ،كما ذهب غالب الفقه الفرنسى ،وإنما أراد بذلك تتمة البيان ،وزيادة فى الإيضاح، بأن الشخص الملتزم بالقيام بعملية التسلم ، ليس سوى رب العمل ،باعتبار أنه هو الذى يقع على عاتقه تنفيذ الالتزام بتسلم العمل ،ومطابقته ،بمقتضى عقد المقاولة المبرم بينه وبين المقاول . وليس باعتبار أنه يأتيه بمحض إرادته المنفردة .ولو أراد غير ذلك، لوقع التضارب بين أحكامه ،الأمر الذى يجب أن ينزه عنه، وعلى ذلك ،فلا نرى فى هذا الاستدلال أمرا مقنعا ،ومن ثم فلا ينبغى الوقوف عنده .

أما من حيث الاستدلال الثانى ، المتعلق بالأعمال التحضيرية (٤٧) فنحن لا نقره أيضا للأسباب الآتية :

---

(٤٧) انظر، فيما سبق، ص ١٦٤

أولا) أن الاتفاق العام للأطراف، الذى ورد فى المشروع التمهيدى للمادة ١٧٩٢ / ٦ المقدم من الحكومة ،لم يرد بصدد عملية التسلم ذاتها ،وإنما ورد - كما هو واضح من النص قبل التعديل-بصدد تحديد تاريخ إنجاز الأعمال محل التعاقد (٤٨)

ثانيا) أن الحذف الذى تم ،لم يقصد به الإشارة إلى أن التسلم عمل قانونى ،يتم بإرادة منفردة ،وإنما قصد به - فى نظرنا - الاكتفاء بالقواعد العامة المقررة فى هذا الخصوص .

كما أنه ليس فى أحكام القضاء الفرنسى، ما يقطع بأن التسلم عمل قانونى ،صادر من إرادة منفردة هى إرادة رب العمل ،ولعل أشهر حكم فى هذا الخصوص - وهو الذى يستند إليه معظم الفقه - هو حكم الدائرة الثالثة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، الصادر فى ٨ من أكتوبر ١٩٧٤ ،وهو الذى قررت فيه محكمة النقض ،أن التسلم لا يتكون فقط من مجرد الاستيلاء المادى على الشئ ،ولكن أيضا ،من تقبل وإقرار رب العمل للعمل الذى تم تنفيذه .(٤٩) ففى تقديرنا ليس فى هذا الحكم - وهو أشهر الأحكام فى بيان طبيعة التسلم - ما يدل - صراحة أو ضمنا - على أن القضاء الفرنسى يعتبر التسلم عملا قانونيا صادرا من جانب واحد .

---

(٤٨) انظر الهامش السابق .

(٤٩) نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى)فى ٨ من اكتوبر ١٩٧٤: مجموعة أحكام النقض المدنى (بيلتان) الدائرة الثالثة رقم ٣٣٧ ص ٢٥٨ :
" La réception ne consiste pas seulement dons la livraison de L'ouvrage mais aussi dans l'approbation par le maître de l'ouvrage du travail exécuté"

لذلك فإن الباحث لايتلقى بالقبول، ما تذهب إليه الغالبية الغالبة من الفقه الفرنسي، من اعتبار التسلم عملا قانونيا صادرا من إرادة منفردة، هي محض إرادة رب العمل، ولا يرى فيما استدل به على ذلك أمرا مقنعا .

وعلى ذلك، فإذا كنا نتفق مع تلك الغالبية، على أن التسلم عمل قانوني، وليس مجرد واقعة قانونية، فإننا لا نذهب إلى ما ذهبت إليه، من أنه صادر من إرادة منفردة، هي إرادة رب العمل. ونرى أن التسلم هو عمل قانوني (التزام) من طبيعة تعاقدية، يقوم به رب العمل، بمقتضى عقد المقاولة، المبرم بينه وبين المقاول، ويلتمس أساسه القانوني، من بين أحكامه ونصوصه، وطبقا لما يراه أطرافه، وكذا طبقا لماتقضى به طبيعة العقد، وعرف المهنة . فلاهو صادر من إرادة منفردة، ولا هو اتفاق آخر مستقل عن عقد المقاولة الاصلى .

هذا عن الالتزام بتسلم العمل، كالتزام في حد ذاته، فحين يتسلم رب العمل الأعمال التي تم إنجازها، ويقبلها، ويعتمدها ويقر مطابقتها، فهو لايقوم بشيء أكثر من أنه يقوم بتنفيذ التزامه التعاقدي، الذي يوجبه عليه العقد، ويباشر عملا قانونيا من طبيعة عقدية تنفيذا للعقد المبرم بينه وبين المقاول .

أما حيث يرى رب العمل، تقرير تحفظات على الأعمال التي تم إنجازها، لما شابها من عيوب بسيطة، أو حين يرفض تسلمها لجسامة ما لحق بها من عيوب ونقائص، فإننا نرى أن رب العمل في تقريره للتحفظات، أو رفضه للتسلم، إنما يمارس عملا قانونيا صادرا من إرادته المنفردة فعلا، طواعية واختيارا، دون إكراه من عقد أو إجبار من قانون .

الفرع الثالث

شروط التسلم

بعد أن فرغنا من بيان الطبيعة القانونية للتسلم، وانتهينا إلى أنه عمل قانونى من طبيعة عقدية ،يتم تنفيذا لالتزام عقدى، رتبه عقد المقاولة المبرم بين رب العمل والمقاول ،ننتقل إلى بيان الشروط الواجب توافرها ،حتى يتم التسلم صحيحا منتجا لآثاره القانونية .

ولعل نظرة سريعة على هذه الشروط، يتضح لنا منها، أن هناك شروطا موضوعية ،يقتضيها موضوع التسلم ذاته ،- أى مايرد عليه التسلم - بحيث لا يتصور التسلم بدونها ،بينما قد يكون بعضها مجرد شرط شكلى ،يتطلبه المشرع - صراحة أو ضمنا - لضمان إتمام عملية التسلم كما ينبغى ،أو تقتضيه سهولة إثباتها .

المطلب الأول

الشروط الموضوعية للتسلم

هى تلك الشروط التى تتعلق بالموضوع الذى يرد عليه التسلم، أى العمل الذى يقوم رب العمل بتسلمه من المقاول . وهى شروط تقتضيها، بداهة، عملية التسلم ذاتها، بيان ذلك أن التسلم لايرد على شىء تم إنجازه فحسب ،بل يجب أن يأتى هذا الإنجاز مطابقا لما هو منصوص عليه فى العقد ،ولما تقتضيه قواعد الفن وأصول الصنعة وهذه الشروط هى :

الشرط الأول : إنجاز العمل محل التعاقد

والمقصود بإنجاز العمل هنا ، ليس عملية التنفيذ ذاتها ، وإنما المراد به إتمام العمل محل العقد ، والانتهاء منه بتمام تنفيذه وهذا من الالتزامات الأساسية ، التى يرتبها عقد المقاولة على عاتق المقاول ، وهو التزام بتحقيق نتيجة معينة ، تتمثل فى إقامة البناء ، أو وضع التصميم محل العقد [(١)] ، بحيث لاتبرأ ذمة المقاول أو المهندس المعمارى من هذا الالتزام ، إلا بتحقيق هذه النتيجة ، أو إثبات السبب الأجنبى ، الذى حال بينه وبين تحقيقها .

وهذا شرط مستفاد من صراحة نص المادة ٦٥٥ من القانون المدنى المصرى التى تقضى فى صدرها بأنه " متى أتم المقاول العمل ... " فالمراد هنا تمام إنجازه ، والانتهاء منه كلية ، بحيث يصبح مهيأ تماما لتسلمه من قبل رب العمل [(٢)] . وهو ما يستفاد ضمنا وبالضرورة ، من نص المادة ٦/١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى ، المستحدثه بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ [(٣)] ، والتى ألزمت المقاول بضمان أسمته " ضمان تمام الإنجاز La garantie de parfait achèvement يتكفل المقاول بمقتضاه ، بإصلاح كل ما يظهر فى البناء من عيوب ، خلال مدة سنة من تاريخ التسلم [(٤)] ، فالمشرع الفرنسى ، بفرضه هذا الضمان على عاتق

---

(١) شنب : المرجع السابق فقرة ٦٧ ص ٨٥ وما بعدها ، جمونتميرل
" Le cahier des charges générales applicables aux marchés privés de bâtiments " Mon.T.P.3 mars 1973 P.16

(٢) السنهورى : الوسيط جـ ٧ / ١ فقرة ٨٢ ص ١٤٩ ، عنبر المرجع السابق . فقرة ١٧٩ ص ٢٢٧ .

(٣) " La garantie de parfait achèvement , à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an , à compter de la réception, s'etend à la réparation de tous des désordres signalés par le maître de l'ouvrage"

(٤) انظر تفصيل هذا الضمان فيما بعد ص ١٠١٨ : ١٤٩٦ .

المقاول ، إنما يريد أن يقول ضمنا، بأن إنجاز العمل المتفق عليه في العقد ،هو شرط لتمام تسلمه . (٥) مما حدا ببعض الفقه الفرنسي (٦) أن يعتبر هذا الشرط مسألة قانون، تخضع لرقابة محكمة النقض، الأمر الذي لم يؤيده القضاء الفرنسي ، اذ اعتبرها مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية المطلقة لقاض الموضوع (٧).

وإذا كان المشرع قد اقتضى هذا الشرط صراحة - كما فعل المشرع المصرى - أوضمنا - كما جاء في القانون الفرنسي - فإن العمل كان هاديه ومرشده إلى ذلك ؛ ففي الجانب المصرى ،نجد لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية ،تضع ضمن واجبات المهندس المعماري، استلام المباني عند تمام تنفيذها (٨) . والمقصود هنا الاشتراك في الاستلام مع رب العمل، كما تؤكده بعد ذلك باقي نصوص اللائحة . وهكذا جرئ العمل في مصر صراحة، على أن إنجاز العمل بتمام تنفيذه، شرط لتمام عملية التسلم .

---

(٥) في هذا المعنى كاستو : المرجع السابق فقرة ١٦٩ ص ٩٨، كاريلا : المرجع السابق فصل ٣ ص ٨، جودميه : المقال السابق ص ١٠٦ .

(٦) بوبلى : المرجع السابق فقرة ٢١٨ ص ١٣٤ ،عكس ذلك جودميه : المقال السابق ص ١٠٦ .

(٧) نقض فرنسي : (الدائرة ٣ مدنى) في ٦ من يونيو ١٩٧٢ بيلتان ١٩٧٢ - ٣ رقم ٤٠٦ ص ٢٩٦ . دالوز ١٩٧٣ مختصر ص ١٤، نقض فرنسي (الدائرة ٣ مدنى) في ٧ من إبريل ١٩٧٦ : بيلتان ١٩٧٦ - ٣ رقم ١٤٠ ص ١١٢ .

(٨) لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والأتعاب ص ٢ - أ- مهنة الهندسة المعمارية .

وعلى الصعيد الفرنسي أيضا ،فإن بعض الكراسات النموذجية (٩) تنص صراحة على هذا الشرط ،كما أن بعضها (١٠) يقتضيه ضمنا . ليس هذا في نطاق القانون الخاص فقط ،بل في مجال القانون العام أيضا (١١). وكما تأكد هذا العمل بالإرادة التشريعية ،كما سبق القول ، فقد تأيد أيضا بالعديد من أحكام القضاء الفرنسي بشقيه العادى والإدارى نذكر منها على سبيل المثال : " التسلم لايمكن أن يتأتى قبل إنجاز العمل (١٢) وأيضا " وضع اليد لايساوى تسلما ولو كان مؤقتا ،إلا إذا كان قد تأتى بعد إنجاز الأعمال (١٣)

---

(٩) - La norme AFNOR P. 03, 001 ed. 1948 art. 1, 541 " " la réception provisoire a lieu pour tous les corps d'état dès l'entier achèvement du bâtiment ..." et la norme P.03,oll de mai 1966, le rappelle également , dans son art. o6-4: "la date d'achèvement de l'exécution est la date pour laquelle la réception est demandée" et en ses art. 14,212 et 14,222 : "La réception ne peut être demandée qu' à l'achèvement de la totalité des ouvrages ..."

(١٠) - La norme P. 03 , 011 éd. 1966 : en son art . 14.71. " le refus de réception ne peut être motivé que par l'achèvement des ouvrages ou un ensemble d'inperfections équivalant à l'inachèvement"

(١١) - art . 46 du C.C. A. G. approuvé par le décrét du 8 mai 1961 ;art . 14 du C.C. A.G. approuvé par le décrét du 21 janv. 1976.

راجع فى هذه الهوامش الثلاثة : كاريلا: المرجع السابق فصل F ص8

(١٢) باريس (أول درجة) فى ١٧ من سبتمبر ١٩٧٤ غير منشور مذكور فى كاريلا : المرجع السابق فصل F ص ٨

(١٣) نقض فرنسى (الدائرة ٣م) فى ٨ من أكتوبر ١٩٧٤ بيلتان ١٩٧٤ - ٣ رقم ٣٣٧ ص ٢٥٨ ،فى ١٥ من يونيو ١٩٧٧ بيلتان ١٩٧٧ - ٣- رقم ٢٦٠ ص ١٩٩ ، استئناف باريس فى ٢٣ من سبتمبر ١٩٧١ - غيرمنشور كاريلا : المرجع السابق فصل F ص ٩

وأن " المقاول ليس له الحق فى طلب التسلم ،ما دام لم ينه بعد العمل كلية (١٤)" كما وأن " رب العمل تنعقد مسئوليته برفضه قبول الأعمال المنجزة "(١٥).

الشرط الثانى : المطابقة

بمعنى أن يكون العمل مطابقا لما هو منصوص عليه فى العقد، متفقا مع قواعد الفن وأصول الصنعة . وهذا أيضا شرط مفترض،لابد من توافره حتى تتم عملية التسلم . وتنفيذا لقاعدة "أن العقد شريعة المتعاقدين"،فإن المطابقة يجب أن تتم أولا : مع ما هو منصوص عليه فى العقد من شروط ،احتراما لإرادات أطرافه ،المتمثلة فى هذه الشروط ،المشكلة لمضمونه ،فإذا لم يتضمن العقد شروطا معينة ،أو كانت هذه الشروط غير كاملة ،أمكن الرجوع إلى المتعارف عليه من قواعد الفن وأصول المهنة لسد النقص . فيجب أن يكون العمل المنجز متفقا مع هذه القواعد وتلك الأصول ،حتى تتم عملية التسلم ،رضاء أو قضاء ،فإذا لم يكن العمل متفقا مع ماجرى عليه العرف من هذه وتلك ،أصبح من حق رب العمل أن يمتنع عن التسلم وصار من غير الممكن للمقاول أن يجبره عليه قضاء (١٦) .

ولكن ما نوع المخالفة التى يستطيع رب العمل أن يركن إليها فيمتنع عن التسلم عند وجودها ؟ هل يلزم توافر درجة معينة من

---

(١٤) مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٢ من ديسمبر ١٨٩٣ .ليبيون ص ٨٦٨ ، فى ٦ يناير ١٩٣٣ ليبون ص ١١٢،فى ٢٦ من يونية ١٩٠٦ لهبون ص ٨٤،فى ١٣ ديسمبر ١٩٤٠ ليبون ص ٢٣، استئناف روان Rouen ٢ يوليو ١٩٦٨ ، A.J.P.I. ١٩٦٩ ص ١٣٥ .

(١٥) مجلس الدولة الفرنسى فى ٢ من يونيو ١٩٤٧ "A.J.T." ١٩٤٧ ص ٤٤٣ .

(١٦) السنهورى : الوسيط ج ٧ /١ فقرة ٨٢ ص ١٤٩ ،مدام مارى رينو : المقال السابق فقرة ٥٢ سنة ١٣٦.

الخطورة ؟ أم أن أى قدر منها يكفى لاتخاذ هذا الموقف ؟ وما قدر هذه الدرجة من الخطورة - عند لزومها - التى تجعل من حق رب العمل أن يمتنع عن التسلم ؟

لاشك أن مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود ،يوجب فى مثل هذه الحالة ،أن يصل العيب أو عدم المطابقة ،إلى درجة معينة من الخطورة ،حتى يعطى لرب العمل الحق فى الامتناع عن التسلم (١٧) فاذا كان العيب أو عدم المطابقة بسيطا ،بحيث لايصل إلى هذه الدرجة المعينة من الخطورة ،فلا يجوز لرب العمل أن يمتنع عن التسلم وإن كان له أن يضمن محضر التسليم والتسلم ،ما يقتضيه الحال من تحفظات ،بحيث يؤدى تنفيذها إلى إزالة ما شاب العمل من عيب أو عدم مطابقة (١٨).

ولكن ما درجة الجسامة المطلوب توافرها فى المخالفة كى تبرر عدم التزام رب العمل بالتسلم ؟ لكى يتحرر رب العمل من التزامه بالتسلم ،فيجب أن يبلغ العيب أو عدم المطابقة ،حدا من الجسامة ،بحيث لا يصح عدلا إلزامه بالتسلم معها (١٩) كان يكون من شأنها أن تعرض سلامة البناء للخطر أو تجعله غير صالح للغرض الذى أعد من أجله ،كما يتبين من ظروف التعاقد . وهذه كلها مسائل

---

(١٧) كاريلا : المرجع السابق فصل f ص ٩

مونتميرل وكاستو : المرجع السابق رقم٦٦٦ص ٢٩١ .

(١٨) كاستو : المرجع السابق : رقم ١٧٣ ص ٩٩ ،جاك مونتميرل " تسلم أعمال البناء فى القانون الخاص " A . J . P . I سبتمبر ١٩٦١ . ص ١٥٧ .

(١٩) السنهورى : الوسيط ج ٧ / ١ فقرة ٨٢ ص ١٤٩ .

واقع، يفصل فيها قاض الموضوع بما له من سلطة تقديرية مطلقة على الواقع ،وله أن يستعين فى ذلك بتقارير أهل الخبرة ،إن وجد لزوما لذلك .

فإذا لم تصل المخالفة إلى هذا الحد من الجسامة ،بقى رب العمل ملتزما بالتسلم ،بحيث يجبر عليه عند الاقتضاء . ولكن يكون من حقه فى هذه الحالة ،أن يطلب تخفيض الأجرة ،بما يتناسب وأهمية المخالفة ،وظروف الحال ،كما يكون له الحق فى طلب التعويض عن الضرر الذى لحقه من المخالفة . ويجوز للمقاول ،فى جميع الأحوال، إذا كان العيب مما يمكن إصلاحه ،أن يقوم بإصلاحه فى المدة المناسبة، ومن حق رب العمل أن يجبره على هذا الإصلاح ،إذا توافرت شروط هذا الإجبار (٢١) ،كل ذلك طبقا لما تقضى به القواعد العامة فى هذا الخصوص (٢٢) .

***

---

(٢٠) شنب : المرجع السابق . فقره ١٢٦ ص ١٥١

(٢١) السنهورى : الوسيط ج ٧ / ١ ص ١٥٠.

(٢٢) السنهورى : الوسيط ج ٧ /١ ص ١٥٠ هامش ١ .

المطلب الثانى .

الشروط الشكليـــــة

بعد أن انتهينا من بيان الشروط الموضوعية ، اللازم توافرها لإتمام عملية التسلم ، ننتقل لنرى هل من شروط شكلية أيضا يلـــزم تواجدها، حتى يتم تسلم العمل .

الواقع أن المشرع المصرى لم يتطلب للتسلم شكلا معينا يتـــم فيه ، وكل ما تطلبه من المقاول ، هو أن يضع العمل - بعد إتمامه مطابقا - تحت تصرف رب العمل ، وأوجب على هذا الأخير ، أن يبادر إلى تسلمه ، فى أقرب وقت ممكن، بحسب الجارى فى المعاملات [(١)] وإذا كـــان العمل قد جرى على تحرير محضر تسليم وتسلم، يوقع من رب العمـــل تثبت به عملية التسلم ، فإن تحرير هذا المحضر لا يعتبر شكلا معينـــا، وإنما هو مجرد ورقة عرفيه، تجد قيمتها فى مجال الإثبات فقـــط، ولكن لا شأن له فى وجود عملية التسلم ذاتها ، أو حتى فى صحتها.

من ذلك يتضح جليا، أن المشرع المصرى لم يتطلب أن ينصب التسلم فى قالب رسمى معين ، أو أن يأخذ شكلا محددا .

وإذا ما انتقلنا إلى جانب القانون الفرنسى ، فإننا نجد أن المشرع الفرنسى قد نص على وجوب أن يكون التسلم حضوريا [(٢)] أى أن يتم فى حضور كل الأطراف الذين يهمهم الأمر .

---

(١) مادة ٦٥٥ مدنى مصرى .

(٢) Art. 1792 - 6 " Elle est , en tout état de cause , prononcée contradictoirement .

ولقد اعتبر بعض الفقه الفرنسي [٣] مبدأ الحضورية هذا، ضمن الطبيعة القانونية لعملية التسلم ، وبالتالي ألحقه بهذه الطبيعة، فقرر أن التسلم عمل قانوني حضوري، صادر من إرادة منفردة . وإذا كنا لم نتفق مع الرأي الغالب في الفقه الفرنسي ، فيما ذهب إليه من أن التسلم عمل قانوني صادر من إرادة منفردة ، كما أوضحنا سابقا، فإننا أيضا لانتفق مع هذا النفر من الفقه، من اعتبار ظرف الحضورية هذا، من الطبيعة القانونية للتسلم ، إذ هو ظرف خارجي عن عملية التسلم ذاتها ، لا يدخل في كنهها وطبيعتها ، وكل الذي نراه فيه أنه مجرد شرط تطلبه المشرع [٤] لحاجة في نفسه .

والمشرع الفرنسي ، بتطلبه لهذا الشرط ، لم يرد - في رأينا - أن يصب عملية التسلم في قالب معين، أو شكل محدد ، كما لم يشأ بذلك، أيضا ، أن يجعل منه عملا قانونيا صادرا من إرادتين متقابلتين [٥] بحيث لايتم إلا بتوافرهما ، لما قد يترتب على ذلك من آثار ، ليس من مصلحة الأطراف ولا الصالح العام ترتبها . فالمشرع الفرنسي بتقريره لشرط الحضورية أثناء عملية التسلم ، لم يشأ أن يخرج على القواعد العامة ، ولا على ما جرى عليه العمل في هذا المجال ، وإنما أراد فقط أن يتم التسلم في حضور كافة الأطراف الذين يهمهم الأمر ، وذلك لأسباب عملية وفنية عدة منها : سرعة إتمام عملية التسليم والتسلم ذاتها . وكذلك مناقشة ما يقدمه كل من الأطراف من حجج، وما يثار من تساؤلات، وبذلك تقرع الحجة بالحجة ، ويندفع البرهان بالبرهان [٦] وما في ذلك أيضا من توضيح وتبيان ، لما يصعب فهمه ، أو تنغلق عن

---

(٣) مدام ماري رينو: المقال السابق . فقرة ٢٥ وما بعدها ص ١١٧ وما بعدها .
(٤) في نفس المعنى جودميه : المقال السابق ص ١٠٦ .
(٥) بوبل "مسئولية الانشائيين في قانون ٤ يناير ١٩٧٨ "المجلة الفصلية للقانون العقاري ١٩٧٩ - ١ص٠٩ .
(٦) مدام ماري رينو : المقال السابق فقرة ٢٦ ص ١١٨ استئناف مونبلييه Montpellier في ٢ من نوفمبر ١٩٧٦ (غير منشور)
" La réception est la constatation contradictoire de la bonne exécution des travaux مذكور في نفس المقال وبذاته الوضع

إدراكه الأفهام . وكذا مناقشة رب العمل فيما يبديه من تحفظات وكيفية علاجها [٧]، إلى غير ذلك من الدوافع التى حدت بالمشرع إلى تقرير هذا الشرط .

فالملاحظ ،أن المشرع الفرنسى بهذا الشرط ،لم يعمل سوى أنه قنن ماجرى عليه العمل ،منذ أمد طويل ،سواء فى مجال القانون العام،أو القانون الخاص [٨] .

والذى يجرى عليه العمل عادة ،هو أن المقاول يقوم بتسليم الأعمال المنجزة إلى رب العمل - كل حسب طبيعته - وذلك بوضعها تحت تصرفه [٩] ،فيقوم هذا الأخير بتسلمها إذا توافرت الشروط الموضوعيه لتسلمها ،على النحو السابق بيانه ،وذلك بعد أن يكون قد استشار - عند الاقتضاء - من يركن إلى استشارتهم ونصحهم،سواء المهندس المعمارى أومهندس استشارى ،إلى غير ذلك ممن تتوافر لديهم الخبرة الفنية والعملية فى مجال البناء [١٠]،ثم يوقع محضر

---

(٧) بوبلى : المقال السابق ،فقرة ٦ ص ٣ .

(٨) مدام مارى رينو : المقال السابق ص ١١٨ هامش ١٠٧ والذى يحيل إلى الفقرة الثالثة من نفس المقال ،والذى يتضح منها أن التسلم كان يجرى حضوريا حتى فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، انظر المراجع المشار إليها فى هذه الفقرة والفقرة ٤ التى تليها .

(٩) شنب : المرجع السابق فقرة ١٢٦ ص ١٥٠

(١٠)نقض فرنسى (الدائرة ٣ م) فى ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٧٠ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ - رقم ٧٠١ ص ٥٠٩ ،فى ٣ من مايو ١٩٧٨ نفس الموضع رقم ١٧٥ ص ١٣٥ . دالوز ١٩٧٨ . I.R ص ٤٨٩ .

التسليم والتسلم ،ويسلمه للمقاول ،ويدفع له ما بقى من الأجر وبذلك تتم عملية التسلم وتنتج كافة آثارها القانونية ،على النحو الذى سيتوضح فيما بعد ، ولقد جرى العمل على أن تتم عملية التسليم والتسلم هذه فى حضور كل المساهمين فى عملية البناء (١١) وعلى ذلك فإن تطلب القانون الفرنسى الطابع الحضورى لعملية التسلم قد جاء تزيدا ومن باب التأكيد على ما جرى عليه العمل فقط وليس من باب جعل الحضور ركنا فى التسلم لايتم إلا بتوافره ، أى لايتم إلا بالحضور الفعلى للمقاول ،بل يكفى الحضور الاعتبارى ،أوالقانونى أى يكفى أن يكون قد سبق تكليفه بالحضور بالطرق الرسمية ولو لم يحضر (١٢).

بل إن اقتضاء المشرع الفرنسى لظرف الحضورية هذا ،قد أثار أيضا بعض المشكلات : منها أن البعض ارتآه من الطبيعة القانونية للتسلم - كما سبق البيان - فاستدل باقتضائه على أن التسلم عمل قانونى ثنائى ،كما أنه أثار مشكلة حول جواز أن يتم التسلم ضمنيا ،على النحو الذى سيأتى بيانه فى حينه ،

---

(١١) جاك مونتميرل وكاستو : المرجع السابق فقرة ٦٧٣ صفحة ٢٩٣ ،كاستو : المرجع السابق فقرة ١٣١ ص ٨٤ ،

(١٢) الهامش السابق ،

الفرع الرابع

موضوع التسلم

بعد أن فرغنا من بيان الشروط الواجب توفرها لتمام عملية التسلم ،سواء الموضوعية منها ،أو الشكلية ،على الوجه السالف بيانه ،فإنه - تكملة منطقية للبحث - ينبغى أن نبين هنا الموضوع الذى يرد عليه التسلم .

ولما كان موضوع التسلم ،هو بذاته موضوع التسليم ،إذ هما وجهان لعملة واحدة . فإن التسلم يرد على ذات الشىء الذى يرد عليه التسليم ،فالملتزم بالتسليم ،وهو المقاول ،يقدم الشىء الذى تم إنجازه ،للملتزم بالتسلم وهو رب العمل ،وما على هذا الأخير إلا أن يتسلمه ،إن رضاء أو قضاء ،إذا توافرت شروط تسلمه ،وذلك طبقا للمادة ٦٥٥ مدنى مصرى .

والشىء الذى تم إنجازه والذى يرد عليه التسلم هو بذاته محل عقد المقاولة ذاته . ولما كنا بصدد مقاولة مبانى أو إنشاءات ثابتة أخرى ،فإن العمل الذى يلتزم المقاول بتسليمه ،كما يلتزم رب العمل بتسلمه ،هو البناء ،أو المنشأ الثابت الذى تم التعاقد على تشييده أو إنشائه ،فهذا هو الموضوع الأساسى للتسلم (١)

وكما يرد التسلم على الموضوع الأساسى لعقد المقاولة ،والذى تم إنجازه ،فإنه يرد ،أيضا ،على ما يكون قد تبقى من المواد ،التى قدمها رب العمل للمقاول ،ليؤدى بها العمل المتفق عليه فى العقد ،

---

(١) شنب : المرجع السابق . فقرة ٨٠ ص ٩٩ ،عنبر : المرجع السابق . فقرة ١٣٦ ص ١٤١ بلانيول وريبير ورواست : المرجع السابق ج ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٢ .

إذ المقاول ملتزم بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ مدنى برد ما يتبقى من المواد المقدمة إليه لأداء العمل ،لرب العمل أو رد قيمتها ،حالة صيرورتها غير صالحة للاستعمال ،بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية (٢).

ليس هذا فحسب ؛بل إن التسلم يرد ،أيضا ،على كل مايقوم المقاول برده لرب العمل ،من : وثائق أو مستندات أو رسومات أو خرائط ،أو نماذج أو رخص أوأدوات ومهمات ،يكون قد تسلمها قبل ذلك لضرورتها فى إنجاز التشييد أو البناء الموكول إليه إنجازه والتى تكون قد انتهت مدتها ومهمتها بتمام هذا الإنجاز (٣).

فالمقاول ملتزم برد كل هذه الأشياء ،باعتبارها كانت مودعة لديه ،لغرض معين ،وانتهى غرض إيداعها . ورب العمل ملتزم بتسلمها باعتبارها ملكا له ،والإنسان ملتزم بالقيام على ملكه ،كى يكفى غيره مئونته .

***

---

(٢) السنهورى : الوسيط ج ٧ /١ فقرة ٤٨ ص ٨٨ .

(٣) شنب : المرجع السابق فقرة ٨٠ ص ٩٩ وما بعدها .والسنهورى الهامش السابق .

بلانيول وريبير ورواست : السابق ج ١١ فقرة ٩٢٥ ص ١٦٢.

الفرع الخامس

التسلم والنظام العام

والتساؤل المطروح على بساط البحث الآن هو : هل الأحكام المنظمة للتسلم التى جاءت المادة ١٧٩٢/ ٦ مدنى فرنسى المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ متعلقة بالنظام العام ، أم لا ؟

وأهمية الإجابة على هذا التساؤل ،تبدو واضحة ، إذا ماعرفنا مدى الآثار التى تترتب على الإجابة بالنفى أو الإيجاب على هذا التساؤل . فإذا ما كانت هذه الأحكام متعلقة بالنظام العام، امتنع على الأطراف الخروج عليهافى اتفاقاتهم ،وصاروا ملتزمين بها ويصبح أى اتفاق باطلا ،لايعتد به ،ولا يرتب أثرا ،إذا ما خرج عليها ،والعكس يصح إذا مازالت عنها صفة النظام العام ،واعتبرت أحكاما مكملة ،تخضع لإرادة الأطراف ،خضوعا لها ،أو خروجا عليها.

وإزاء خلو نص المادة ٦/١٧٩٢ فقرة أولى من القانون المدنى الفرنسى - سالفة الذكر- أو غيرها من المواد ، مما يشير إلى أن أحكامها تتعلق بالنظم العام ،الأمر الذى يدل على عدم وضوح اتجاه المشرع الفرنسى فى هذا الامر ،فإن الفقه الفرنسى فى مجموعه يتردد - فى هذا الخصوص- بين إتجاهات ثلاث : أحدها ينكر على الأحكام المتعلقة بالتسلم صفة النظام العام ،متذرعا إلى ذلك بصراحة النص . وثانيها : يضفيها عليها متوسلا بروح القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى مجموعه ،بينما يذهب الاتجاه الثالث : إلى قصرها على تاريخ التسلم ،دون باقى أحكامه ،مستندا إلى أهميته .

أما الاتجاه الأول[1] ،وهو الذى ينكر على الأحكام المتعلقة

---

(١) كاستو : المرجع السابق . فقرة ١٥١ ص ٩٣ ،ومقاله =

بالتسلم ،طابع النظام العام فحجتنا فى ذلك ،أن المشرع الفرنسى وقد أسبغ طابع النظام العام ،على الأحكام المتعلقة بالمسئولية العشرية ،والثنائية ،والتضامن ،الواردة بالمواد من ١٧٩٢ الى ٤/١٧٩٢،وذلك بالمادة ٥/١٧٩٢ [٢] لم يذكر بها المادة ١٧٩٢ / ٦ المنظمة لأحكام التسلم . وبذلك يكون المشرع ،قد أفصح عن قصده، فى عدم رغبته فى إضفاء طابع النظام العام على الأحكام المتعلقة بالتسلم ،والواردة بالمادة ٦/١٧٩٢ .

أما عن الاتجاه الثانى [٣]،وهو الذى يرى أن أحكام التسلم تتعلق بالنظام العام ،فان له فى ذلك حججا ثلاث :

فأما الأولى منها: فتذهب إلى أنه ،وإن كان المشرع حقا لم يذكر المادة ٦/١٧٩٢ المتضمنه لأحكام التسلم فى المادة ١٧٩٢/ ٥ التى نصت على إضفاء طابع النظام العام ،على الأحكام الواردة بالمواد من ١٧٩٢ الى ٤/١٧٩٢ إلا أن هذه المواد ذاتها قد تحدثت أيضا عن التسلم ،وبالتالى فإنه يسرى على التسلم ما يسرى على باقى الأحكام الواردة بها من نصوص ،ومن ضمنها نص المادة ٥/١٧٩٢ وأن المشرع أغفل ذكر المادة ٦/١٧٩٢ ضمن المادة ٥/١٧٩٢ تجنبا

= "أفكار حول تسلم الأعمال بعد القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ " A.J.P.I. " ١٠ من يونيو ١٩٧٩ ص ١٠ وما بعدها، مالنقووجستاز المقال السابق J. C . P ١٩٧٨ - ١ - ٢٩٠٠ فقرة ١١. جاك مونتميرلوكاستو : المرجع السابق ،بند ٦٩٢ ص ٩٩٩ . كاريلا: السابق ،فصل F ص ١٦ .

(٢) - Art. 1792 - 5(Loi 78 - 12 du 4 jan. 78) " Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792 , 1792-1et 1792-2, soit d'exclure la garantie prévue à l'article 1792-3 ou d'en limiter la portée , soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4 est *réputée non écrite*"

(٣) جوردميه : المقال السابق ص ١٠٣ وما بعدها ،جسون=

أن يدور تفسير هذا النص ،فى ظل الأهداف العامة لهذا الإصلاح،وأن تفسر نصوص هذا القانون تفسيرا متكاملا ،بحيث يكمل بعضها بعضا، ولما كان الطابع العام لأحكام هذا القانون هو الطابع الآمر ،فإن تفسير نص المادة ٦/١٧٩٢ يجب أن يلتزم بهذا الطابع العام للقانون، ولا ينبغى الخروج عنه ، توخيا لتحقيق أهداف هذا الإصلاح ووصولا به إلى غايته .

هذا عن الاتجاه الثانى ،الذى يستند فى تفسير نص المادة ٦/١٧٩٢ إلى روح النص وغايته،لا إلى عبارته وألفاظه ،أى يذهب فى تفسير النص إلى معناه ولا يقف به فقط عند مبناه .

أما الاتجاه الثالث : والذى نستطيع أن نسميه بالاتجاه الوسطى فهو لم يخلد الى النص خلود الاتجاه الاول اليه ،ولم يتسام فى عالم المعانى والمجردات تسامى الاتجاه والثانى بل أخذ من كل بقدر .

يذهب هذا الاتجاه الأخير (٨) ،إلى القول بأن تاريخ التسلم فقط ،هو الذى يعتبر من النظام العام ،وليس كل أحكام التسلم وحجته فى ذلك ،أنه اعتبارا من تاريخ التسلم،تبدأ المدد المختلفة للضمانات فى السريان ،ومدة الضمان فى حد ذاتها تتعلق بالنظام العام(٨)م فوجب إذن أن يكون تاريخ ابتدائها من النظام العام . والقول بغير ذلك قد يترتب عليه تقصير مدة الضمان ،الأمر الذى تضيع معه مصلحة رب العمل ،التى ما قام هذا الإصلاح التشريعى إلا للمحافظة عليها وحمايتها . أما باقى أحكام التسلم فهى تعتبر أحكاما مكملة يخضع الأخذ بها أو طرحها لإرادة الافراد .

---

(٨) روسل : المرجع السابق . 34 A § بوبلى : المرجع السابق . فقره ٢٩٦ وما بعدها ص ١٨٥ وما بعدها .

(٨)مكرر - أنظر،فيما بعد.،ص٣٠٦ : ص٣٤٣ .

هذه هى الاتجاهات الثلاثة ، التى تتنازع فكرة إضفاء طابع النظام العام على الأحكام الخاصة بالتسلم . طرحناها على بساط البحث ، ونحن من جانبنا نرى أن الاتجاه الأول ، هو الأجدر بالقبول لاتفاقه مع الإصلاح التشريعى نصا وروحا .

فأما من حيث النص : فإن المشرع الفرنسى ، قد ضمن المادة ١٧٩٢/٥ ، المواد التى تتعلق أحكامها بالنظام العام ، وهى المواد من ١٧٩٢ الى ١٧٩٢/٤ ولم يذكر ضمنها المادة ١٧٩٢/٦ المتعلقة بالتسلم ، ولو أراد لفعل ، وهو فى مقام البيان ، ولا شك أن الاقتصار فى مقام البيان يفيد الحصر .

أما من احتج بالنص من الاتجاهين الثانى والثالث ، فحسبنا القول أن النص لا يقوم له سندا . فما جاء بعجز المادة ١٧٩٢ / ٣ ، والمادة ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى ، ليس إلا تحديدا لبدء سريان مدة المسئولية الثنائية أو العشرية ،(٩) ولا يدل البتة - لا صراحة ولا ضمنا - على دخول التسلم ، أو حتى مجرد تاريخه ، ضمن الأحكام المنصوص عليها فى المواد ١٧٩٢ - ١٧٩٢/٤ والمادة ٢٢٧٠ ، فهى خلو من أى شىء يتعلق بأحكام التسلم ، فكيف يتسنى القول بأن أحكامه تخضع للنظام العام ، خضوع أحكامها له .

---

(٩) -L'art. 1792-3 (loi 78-12, 4 janv. 78) : Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage".

L'art .2270 (loi 78 -12 , 4 janv. . 78) " Toute personne....est déchargée des responsabilités et garanties.. après dix ans à compter de la réception des Travaux.."

أما ما أورده الأستاذ بيجو (١٠) BIGOT من احتجاج لغوى ،فهو لايفيد البتة أن المشرع أراد إضفاء طابع النظام العام على التسلم ،وذلك عن طريق تعريفة له على هذا الوجه ،بل ـــراه أراد من ذلك أن يقطع فى مسألة كثر فيها الجدل بين الفقه ،وهى معرفة الطبيعة القانونية للتسلم ،عما إذا كان عملا قانونيا ،أم مجرد واقعة مادية ،على النحو الذى بيناه فى محله من البحث (١١)

وأما من حيث اتفاقه مع روح الإصلاح التشريعى،الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ ومقصوده ،فإن الذى يتضح من هذا الإصلاح ،أن المشرع الفرنسى - كغيره من المشرعين (١٢)- أراد حماية رب العمل ،وهو الطرف الضعيف فى هذه الصورة من التعامل ،مما قد يتعرض له من تلاعب المعماريين أو اهمالهم . بالاضافة الى حماية السلامة العامة للمواطنين وامنهم ،وحماية الاقتصاد القومى أيضا ،فاضفى على الأحكام المتعلقة بمسئولية المشيدين نوعا من التشديد ، بل واناطها بالنظام العام . ولا شك أن هذه المسئولية ،لا تبدا مدتها فى السريان ،الا اعتبارا من تاريخ الانتهاء من تسلم الاعمال،أى أنها لاحقه على التسلم ،فليس هذا بركن فيها ،ولا بشرط من شروط صحتها . وان كان شرطا لبدء سريانها فقط .

---

(١٠) انظر فيما سبق،الحجة الثانية من الاتجاه الثانى ص١٩٦ .

(١١) انظر ،فيما سبق ،ص١٥٣ وما بعدها .

(١٢) تشريعات البلاد العربية : م ٦٥١ مدنى مصرى ،م ٦١٧ مدنى سورى ،٦٥٠ مدنى ليبى ،٨٧٠ مدنى عراقى ، ٦٦٨ موجبات وعقود لبنانى ،٨٦٧ مدنى تونسى ومن تشريعات البلاد الأوربية : م ١٥٩١ أسبانى، م٥٢٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ،م ١٦٣٩ إيطالى .

انظر فى سرد كل هذه التشريعات وغيرها . الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢١ .

وعلى ذلك فإننا لا نرى أن تعم أحكامه روح التشديد ،التي تملكت المشرع الفرنسي - بل وغيره من المشرعين - بالنسبة لأحكام هذه المسئولية ،وحسبنا أنها نظرة استثنائية ،لاينبغي التوسع فيها أو مدها إلى مالا يشمله صراحة نص تقريرها ٠

محصلة ذلك،أنه ليس ثمة دليل من نص ،أو روح نص ،يوحي بأن أحكام التسلم تتعلق بالنظام العام ،كما وأن العمل حتى الآن لم ينبيء بأنه في حاجة لمثل ذلك ٠

***

المبحث الثانى

النظام القانونى للتسلم

بعد أن أخذنا فى المبحث الأول فكرة عن التسلم ،انتهينا فيها إلى أن التسلم هو وضع اليد على العمل الذى تم إنجازه مطابقا ،وضعا مصحوبا - عادة - بتقبله وإقراره ،ورأينا كيف أن أحكامه أحكاما مكملة لإرادات الأطراف .ننتقل الآن لبيان النظام القانونى للتسلم ،فنبين بذلك من أطرافه ،وما شكله وكيفيته ،ثم ،أخيرا،متى وأين يكون ،وتنظيم العمل يقتضينا أن نفرد لكل فرعا خاصا به .

الفرع الأول

أطراف التسلم

سبق البيان ،أن التسلم هو التزام يقع على عاتق رب العمل بمقتضى عقد المقاولة ،فى مقابل التزام المقاول بتسليم العمل بعد إنجازه مطابقا . وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن أطراف عملية التسلم هما : رب العمل - باعتباره مدينا بتسلم العمل من المقاول الذى يعرضه عليه بقصد تسليمه - والمقاول - باعتباره دائنا بالتسلم(١)

---

(١) ليس معنى ذلك أن المقاول يقوم بدور فى عملية التسلم ذاتها ،ولكن المقصود أن المقاول دائن بالالتزام بالتسلم ،بينما رب العمل مدين به ،فوفاء رب العمل بالتزامه بالتسلم ،هو وفاء للمقاول باعتباره دائنا بهذا الإلتزام .

إلى جانب رب العمل والمقاول - باعتبارهما المدين والدائن في عملية التسلم - فإن هناك أشخاصا آخرين عادة ما يساهموا في هذه العملية ،إشتراكا في بعض إجراءاتها ،أو تحملا ببعض آثارها على أن تدخل كل من هؤلاء الأفراد ،لايمكن أن يضفي عليهم صفة المتعاقدين ،أو أن يحول التسلم إلى اتفاق بينهم [٢].

المطلب الأول

رب العمل " المدين بالتسلم "

تنص المادة ٦٥٥ من القانون المدني المصري على أنه " متى أتم المقاول العمل ،ووضعه تحت تصرف رب العمل ،وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن ،بحسب الجاري في المعاملات ."

كما عرفت المادة ٦/١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى التسلم " بأنه ذلك العمل الذي بواسطته يقر رب العمل بقبوله العمل ...."[٣].

يتضح من هذين النصين،أن رب العمل هو الذي يقع على عاتقه القيام بعملية التسلم ،يتضح ذلك صراحة من نص المادة ٦٥٥ مدني مصري ،وإشارة من نص المادة ٦/١٧٩٢ مدني فرنسي.فهو الذي يقوم عادة - باستلام العمل ،ويتولى - سواء بنفسه أو بواسطة معاونيه من

---

(٢) بيجو : المرجع السابق ص ١٣٩ ،كاريلا : المرجع السابق فصل ٣ ص ١٥ وما بعدها .

(٣) - L'art. 1792-6 (loi 78- 12, 4 janr , 1978)
"la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage"

أهل الفن ـ فحصه ومعاينته ،ومراجعة مفرداته ،بحسب ما تسمح به طبيعة العمل محل التسلم ،وذلك للتأكد من تمام تنفيذه مطابقا لشروط العقد ،وما تقضى به قواعد الفن ،وأصول الصنعة (٤).

وعلى ذلك فإن رب العمل وحده هو الملتزم بالتسلم ،وهووحده أو من ينيبه ـالذى له صلاحية إبراء ذمة المقاول من التزامه بالتسليم إذ يعتبر التسلم مخالصة تعطى من رب العمل لهذا الأخير بأنه قد قام بتنفيذ كل التزاماته التعاقديه تجاه رب العمل(٥).

كما وأن رب العمل وحده هو الذى يوقع محضر التسليم والتسلم، سواء تضمن تحفظات أم لم يتضمن ،يوقعه سواء بنفسه ،أو بواسطة من يمثله فى ذلك قانونا ،كالمهندس المعمارى أو المشرف على العمل ،أو غيرهما ممن تتوافر له صفة تمثيله قانونا (٦) . مع انصراف آثار التمثيل إلى رب العمل مباشرة ،وذلك طبقا للقواعد العامة فى التمثيل بالوكالة (٧).

---

(٤) السنهورى : الوسيط ج ١/٧ الفقرات من ٨١ ـ ٨٦ ص ١٤٧ ـ ١٥٥ ،كاريلا : هامش ٢ أعلاه ،الأساتذة مازو وچيجلار: المرجع السابق بند ٢/١٣٦٥ ص ٧٩٢ ،أ.روسل ومعاونيه (المرجع السابق) A 34 § ، A 36 § . ج لابورت و ف شيبر . تسلم العمل فى الملكية على الشيوع la réception de l'ouvrage en copropriété الوقائع القانونية للملكية العقارية . أكتوبر ١٩٨١ ص ٧٢٧ وما بعدها.

(٥) شنب : المرجع السابق ـ عقد المقاولة ـ بند ١٢٦ ـ ١٢٧ ص ١٥٠ ـ ١٥٣ لبت ـ فو (المرجع السابق) ص ٢٩٧ ،جاك مونتميرل (مقاله السابق) . ص ١٥٧ .

(٦) بيجو : هامش ٢ أعلاه ،ى . جودميه : المقال السابق ص ١٠٦ ،ف للورنس (المرجع السابق) ص ٥٤٣ .

(٧) شنب : عقد المقاولة . بند ٢٤ ص ٣٢ ،بيجو : الهامش السابق ،السنهورى : الوسيط ج ١ بند ٨٣ ص ٢٠٢ وما بعدها استئناف باريس (الدايرة ٢٣ ب) فى ٢٦ من فبراير ١٩٨١ جازيت دى باليه ١٩٨١ ـ ٢ ـ ٧٨٦تعليق كاستو .

يترتب على ذلك . أن توقيع أى شخص على محضر التسليم والتسلم غير رب العمل أو من يوكله، لايغنى عن توقيع هذا الأخير، ولايمكن الاحتجاج بهذا المحضر عليه (٨) وبالمقابل: فإن عدم وجود توقيع للمهندس المعمارى، أو المقاول، أو غيرهما من الأشخاص، على محضر التسليم والتسلم بجوار توقيع رب العمل، لايهدم عمليه التسلم، ولا يذهب بقانونيه هذا المحضر، ولا يحرمه من إنتاج كافة آثاره (٩).

وعلى ذلك فإذا لم يقم رب العمل بتسلم العمل، بعد أن وضعه المقاول تحت تصرفه، للمدة المتفق عليها، أو المدة المعقولة، وأعذره المقاول بذلك، ورغم ذلك تقاعس عن تسلمه متعسفا فى ذلك، فإن المشرع المصرى وضع، فى المادة ٦٥٥ مدنى، قرينة قانونية على أن رب العمل قد تسلم العمل (١٠). وذلك حتى يستطيع أن يقضى على تعنت رب العمل، ويبطل سوء نيته، فعامله بعكس مقصوده. ومع ذلك فإن للمقاول أن يرجع على رب العمل - طبقا للقواعد العامة - بتعويض مالحقه من ضرر نتيجة تعنته وتأخره متعسفا فى تسلم العمل (١١)

---

(٨) كاستو : المرجع السابق بند ١٦٤ ص ٩٧، مونتميرل وكاستو المرجع السابق بند ٦٦٧، ص ٢٩٢، مونتميرل : المقال السابق هامش ٥ أعلاه .

(٩) استئناف روان (الدائرة ١ مدنى) فى ٢ من يوليو ١٩٦٨ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ ص ١٣٥، تعليق كاستو واستئناف باريس فى ٢٦ من فبراير ١٩٨١، جازيت دى باليه ١٩٨١ - ٢- ٧٨٦ تعليق كاستو .

(١٠) وهذا أيضا ما تقضى به القواعد اللائحية المنظمة لعملية التسليم والتسلم فى فرنسا . انظر فى ذلك .
Art. 14, 3, 1,4 de N.F.P. 03,011 de mai 1966, P. 03,001 de nov 1972" la réception est considérée comme aquise à l'expiration du délai susvisé de vingt jours

(١١) انظر تعليق كاستو على استئناف روان فى ٢ من يوليو ١٩٦٨ مذكور فى هامش ٩ أعلاه .

المعماري،أو مشرف العمل ،في عملية التسلم ،فإن هذا ليس معناه أن المقاول خلى من أى التزام تجاه رب العمل أثناء عملية التسلم بل إن مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود يلزمه بأن يرشد رب العمل إلى ما تضمنه العمل من عيوب تكون خافية عليه ،لاسيما - كما هو الغالب - إذا كان خالى الوفاض من أى قدر من المعلومات فى مجال الإنشاء والتشييد (١٢)

وإذا كنا نقول أيضا بأن المقاول يجب أن يكون حاضرا عملية التسلم ،وهذا ما تطلبته أيضا المادة ٦/١٧٩٢ مدنى فرنسى المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ - كما أسلفنا البيان - فإنه ليس معنى هذا أن المقاول يعبر عن إرادة معينة فى عملية التسلم ،أو يلزم الحصول على رضائه فى هذه العملية ،فإن الإرادة المطلوب الإفصاح عنها ،والرضاء المقتضى الحصول عليه ،طبقا للقانون،هى فقط إرادة رب العمل ،وهو فقط رضاؤه وتقبله للعمل الذى تم إنجازه (١٣)

ولا يتغير الوضع فى تقديرنا ،إذا ما تم التنفيذ - أو اشترك فيه - عن طريق مهندس تنفيذ أو معمارى او إنشائى ،أن يكون من حق أى منهم كالمقاول تماما أن يطلب التسلم باعتبار أن له مصلحة فى ذلك .

---

(١٢) جاك مونتمبرل وكاستو : المرجع السابق بند ٦٦٧ ص ٢٩٢ كاستو : المرجع السا.. بند ٩٨ ص ٦٦ وبند ١٦٧ ،ص ٩٧ . نقض مدنى فرنسى (الدائرة) فى ١٩ من مارس ١٩٦٩ بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٢٤٢ ص ٦. ..ى ٢٤ من مارس ١٩٨٢ بيلتان ١٩٨٢ -٣ رقم ٨١ ص ٥٦ الوقائع الفا..نية للملكية العقارية ١٩٨٣ ص ٢٦ .

(١٣) استئناف باريس فى ٢٦ من فبراير ١٩٨١ مذكور فى هامش ٩ أعلاه .

المطلب الثالث

الأشخاص الآخرون المساهمون فى عملية التسليم والتسلم

بينا فيما سبق ،أن رب العمل هو المدين بعملية التسلم ،كما أن المقاول هو الدائن بها ،إلا أن العمل جرى على ألا ينفرد هذان الإثنان بعملية التسلم بل -وطبقا للمعتاد- إنه يساهم معهما عدد آخر من الأشخاص ،كل طبقا لما يقتضيه منه واجبه ،أو تمليه عليه مهنته ،علما بأن مساهمتهم هذه ،لايمكن أن تضفى عليهم صفة الطرف فى عملية التسلم • إذ التسلم منوط أداؤه برب العمل فقط باعتباره موفيا بالتزام عليه به ،ومن أهم هؤلاء الأشخاص المتدخلين فى عملية التسلم :

١) المهندس المعمارى

فالمهندس المعمارى يلتزم بمقتضى واجبات وظيفته - وليس باعتباره وكيلا - بمساعدة رب العمل ،فى عملية التسلم ،وبذل النصح والإرشاد له ،باعتباره رجلا متخصصا فى هذا الفن ،وباعتبار أن رب العمل ،وهو عادة ما يكون غير متخصص فى هذا المضمار ،يعهد إليه به ،ويوليه فيه ثقته ،ويركن إليه ،ركون من لا علم له بشىء ما إلى صاحب العلم به ،بل والمتخصص فيه • لكل هذا فإن المشرع اللائحى سواء فى مصر (١٤) أو فى فرنسا (١٥) قد ألقى على عاتق المهندس

---

(١٤) فقد قضت لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والأتعاب بأن من أهم واجبات المهندس المعمارى " استلام المبانى عند تمام تنفيذها (ص ٢ منها) • كما قضى بذلك أيضا مشروع العقد النموذجى الملحق باللائحة المذكورة - للتصميم والإشراف على التنفيذ ،وذلك فى الفقرة ٨ من البند الخامس منه بأن يلتزم المهندس المعمارى " بالاشتراك فى الاستلام الابتدائى والنهائى للعملية " وقد نص على ذلك أيضا : مشروع توحيد تشريعات المهندس وتقاليد ممارسة المهنة ،فى الفقرة ٨ من البند أولا من الواجبات " الاشتراك فى الاستلام الابتدائى والنهائى للعملية " •

(١٥) م ٥ من مرسوم ٢٤ ديسمبر ١٩٤١ الصادر بالواجبات المهنية للمهندس المعمارى :

=

المعماري بهذا الواجب ،وجعله من أخص واجباته ،وأظهر التزاماته، وطلب منه أن يبذل في أدائه قصارى جهده وبالغ عنايته بحيث يؤديه على الوجه الأمثل وإلا عرض نفسه للمسئولية (١٦)

أما اذا اقتصر دور المهندس المعماري على مجرد وضع التصميم دون أن يعهد إليه رب العمل بمساعدته في عملية التسلم وانتدب آخر مكانه لهذا الأمر ،فإنه لايكون مسئولا عما يتأتى عن هذه العملية من أضرار لرب العمل (١٧). •

والمهندس المعماري، وهو يقوم بواجبه هذا في مساعدة وإرشاد رب العمل، إما أنه يشير على رب العمل بتسلم الأعمال ،دون إبداء تحفظات ،وذلك إذا رأى أن الأعمال منفذة تنفيذا جيدا، ومطابقة لما هو منصوص عليه في العقد من اشتراطات ،ولما تقتضيه قواعد الفن وأصول الصنعة ،وغير منطوية على أي عيوب ظاهرة، يمكن كشفها لا فيما يتعلق بالتنفيذ، ولا فيما يتعلق بالمطابقة ،ويؤشر بما يفيد ذلك على محضر التسليم والتسلم الذي يختص بإعداده ،ثم يعرضه على رب العمل ليوقعه •

" L' architecte assiste son client lors dès réception des = travaux et vise les procès - verbaux dressés à cette occasion

(١٦) ومسئوليته هنا أساسها عدم وفائه بالتزام عقدي ،فهي إذن مسئولية عقدية تخضع للقواعد العامة لهذه المسئولية مالم ينص الاتفاق أو بنص القانون أو يجري العرف بغير ذلك • انظر تعليق بوبلي على نقض مدني فرنسي (الدائرة الثالثة) في ٣ مايو ،في ١٢ من أكتوبر ١٩٧٨ المجلة الفصلية للقانون العقاري ١٩٧٩ - ١ ص ٦٨ ،في ١٦ من ديسمبر ١٩٧٩ بذات المجلة ١٩٨٠ - ٣ - ص ٢٩٧ •

(١٧) نقض فرنسي (الدائرة ٣ مدني) في ١٦ من يونية ١٩٨٢ - المجلة الفصلية للقانون العقاري ١٩٨٣ - ١ - ص ٦٥ •

وقد يجد المهندس المعماری بالأعمال بعض العيوب الظاهرة سواء فی التنفيذ أو المطابقة، ولكنه يقدر - بما له من خبرة فی هذا المجال - أن هذه العيوب من البساطة بحيث لاتمنع التسلم، ويرى أنه يكفی تضمين محضر التسليم والتسلم بعض التحفظات فيما يتعلق بهذه العيوب، ويشير بذلك على رب العمل(١٨)

وأحيانا يرى المهندس المعماری أن العيوب، التی تضمنتها الأعمال، من الجسامة بمكان، بحيث يمتنع معها التسلم، فيشير على رب العمل بعدم التسلم، إلا بعد أن تزال كافة العيوب التی تضمنتها الأعمال، والتی جعلت تسلمها أمرا غير مستساغ ولا مقبول.

وهكذا يتمحض دور المهندس المعماری فی عملية التسلم، إما بالإشارة على رب العمل، بقبول الأعمال وتسلمها دون تحفظات، أو مع ذكر بعض التحفظات، أو يشير عليه بعدم التسلم، ورفض قبول الأعمال كل ذلك طبقا لظروف ومقتضيات كل حالة على حدة، والمهندس المعماری، فی كل ذلك، إنما يقوم بتنفيذ التزام عقدی يرتبه عليه العقد الذی يبرمه مع رب العمل، وهو التزام ببذل عناية والعناية التی ينبغی أن يبذلها هنا، يجب ألا تقل عن عناية الرجل المعتاد، مالم ينص القانون أو يقضی الاتفاق بغير ذلك (١٩) و (١٩) مكرر

---

(١٨) نقض فرنسی (الدائرة ٣ مدنی) فی ١٧ من يوليو ١٩٨١ . جازيت دی باليه ١٩٨٢ - البانوراما ص ٧٧، فی ٧ من يونيو ١٩٧٨، دالوز ١٩٧٨ اخطارات سريعة informa° rapides ص ٥٠٢، المجلة الفعليه للقانون العقاری R.T.D.I. ١٩٧٩ - ٢ ص ٢٠٩ فی ٨ من يناير ١٩٨٠ جازيت دی باليه ١٩٨٠ البانوراما ص ٢١٦ . المجلة الفعلية للقانون العقاری ١٩٨٠ - ٣ ص ٢٩٧ تعليق بوبلی، فی ١٧ من فبراير ١٩٨٢ المجلة الفعلية للقانون العقاری ١٩٨٢ - ٣ - ص ٣٨٤،

(١٩) السنهوری : الوسيط - ج ١ بنبد ٤٢٨ ص ٧٣٧ .

(١٩) مكرر: ومما تجدر الإشارة إليه فی هذا المقام أن المشرع الفرنسی كان قد اقتضى بالقانون رقم ٥٨٤ لسنة ١٩٧١ الصادر فی ١٦ من يوليو ١٩٧١) . المعدل بالقانون رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٧٢ فی ٢٣ من ديسمبر ١٩٧٢ (J.O. 17 juil 1971 et 28 déc . 1972)=

وإذا وقع المهندس المعمارى على محضر التسليم والتسلم دون رب العمل ،فإن توقيعه هذا لايعنى تمام عملية التسلم ،ولايحتج به على رب العمل ،مالم يكن موكلا فى ذلك منه ،باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل فى هذا الشأن (٢٠).

وإذا حدث غش ، أوخطأ جسيم من المهندس المعمارى فى جانب رب العمل أثناء عملية التسلم كان مسئولا عن هذا الغش وذلك بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة ٢١١ مدنى مصرى التى تقضى بأنه

---

(١٩) = وضع كفالة مالية " RETENUE DE GARANTIE تعادل ٥ ٪ من قيمة الأعمال المطلوب تنفيذها ،وذلك بهدف ضمان تنفيذ الإصلاحات التى تقتضيها التحفظات التى ضمنها رب العمل محضر التسليم والتسلم (م /١/١ من القانون المذكور) وأن على رب العمل أن يودع هذه الكفالة لدى أمين يتفق عليه الأطراف ، أو يعين - عند عدم الاتفاق - بمعرفة المحكمة المختصة ، المدنية او التجارية (م /٢/١) كما أن عليه أن يكمل هذه الكفالة فى حالة ارتفاع قيمة الاعمال ،بحيث تعادل دائما ٥ ٪ من تلك القيمة (م /١/ ٣) وأن المقاول يمكنه أن يتجنب اقتطاع هذه الكفالة من قيمة الأعمال بمعرفة رب العمل إذا هو قدم كفالة شخصية تضامنية صادرة من مؤسسة ماليه (بنك مثلا) (م ٤/١) وأنه بانقضاء سنة اعتبارا من تاريخ تسلم الاعمال المشار اليها بالمادة السابقة - سواء صاحب هذا التسلم تحفظات من جانب رب العمل أو لم تصاحبه - تنقضى الكفالة ،ويسترد المقاول المبلغ المحجوز بمقتضاها ،حتى ولو لم ترفع أسباب التحفظات ،وذلك مالم يكن رب العمل قد أخطر الكفيل أو المودع لديه ،بواسطة خطاب مسجل موصى عليه بعلم الوصول باعتراضه على انقضاء الكفالة ،مسببا إياه بعدم تنفيذ المقاول لالتزاماته . على أن الاعتراض التعسفى سوف يجر إلى إلزام المعترض بالتعويضات اللازمة إن كان لها محل (م /٢ من نفس القانون) كذلك تنص المادة الثالثة من ذات القانون على أن تكون باطلة ولا أثر لها أيا كان الشكل الذى ترتديه ،كل الشروط التى يكون الغرض منها استبعاد تطبيق أحكام المادتين السابقتين عليها ،(م /٣) كما تقضى المادة الرابعة والأخيرة ، المضافة بالقانون رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٧٢ - المشار إليه - بسريان هذه الأحكام المنصوص عليها بالمواد من ١ : ٣ سالفة الذكر ،على أعمال المقاولات من الباطن (م/٤ مضافة بالقانون رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٧٢) انظر فى تفصيل ذلك Meysson et TIRARD :
" La retenue de garantie dans les marchés de Travaux privés M.T. P. 13 mai 1972 P. 34 et s.
SILLARD : " Le régine des retenues de garantie des marchés d'entreprise " A.J.P.I. 1972 . P. 1164 et s.
CASTON : op. cit . N⁰241 ets. P. 124 et s.

(٢٠) مونتميرل وكاستون: المرجع السابق بند ٦٦٧ ص ٢٩٢،نقض =

" .... وفى كل الأحوال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " (٢١).

إذا كان هذا هو دور المهندس المعمارى فى عملية التسلم،وهو دور الناصح الأمين والمرشد الوفى لرب العمل ،إلا أننا نلاحظ مع بعض الفقه الفرنسى (٢٢) . أن هذا الوضع لايخلو من التناقض ،ذلك أن المهندس المعمارى ،شأنه شأن المقاول له مصلحة أكيدة فى أن تتم عملية التسلم ،لاسيما وأنه هو الذى وضع التصميم الذى قام على أساسه البناء ،وقد يكون هو الذى أشرف على التنفيذ ،وتولى إدارة المشروع والإشراف عليه ،إلى أن يتم تسلمه ،فهو والحال كذلك ذو مصلحة فى التسلم لا تقل تعارضا مع مصلحة رب العمل عن مصلحة المقاول . فكيف يتسنى له أن يجمع بين دور الخصم والحكم فى نفس الوقت (٢٣). وهل يجوز أن يكون الجالس على منصة الحكم طرفا فى الخصومة !

ورغم العلاج التشريعى لهذا الوضع من تقرير مسئولية المهندس المعمارى التعاقدية أو التقصيرية على حسب الأحوال وطبقا للقواعد العامة فى المسئولية ،إن أخل بالتزامه بنصح وإرشاد رب العمل

= فرنسى فى ١٨ من مارس ١٩٧٠ بلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٢٠٧ استئناف باريس فى ٩ من فبراير ١٩٦٥ الأسبوع القانونى ١٩٦٥ - ٤ - ٧٨ .

(٢١) السنهورى : الهامش ١٩ أعلاه ،مونتميرل وكاستو: الهامش السابق ،نقض فرنسى فى ٥ من مايو ،فى ١٦ من ديسمبر١٩٧٠ ، بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٧٠١ ،فى ٧ يونيو سنة ١٩٧٨ جازيت دى باليه ١٩٧٨ بانوراما ص ١١ ،استئناف باريس فى ١ من يوليو ١٩٢٤ المحاماة المصرية س ٥ ق ٤٧٨ ، و فى ٢٦ من فبراير ١٩٨١ جازيت دى باليه ١٩٨١ - ١ ص ٧٨٦ .

(٢٢) بيجو : المرجع السابق ص ١٣٩ .

أثناء عملية التسلم ،فإننا نرى أن يأخذ رب العمل بالحكمة القائلة: إن الوقاية خير من العلاج " وأن يستعين فى عملية التسلم من بادىء الأمر - متى قامت لديه دلائل قوية على ذلك - بغير المهندس المعمارى من أهل الفن والخبرة لإتمام هذه العملية ،خصوصا وأنه ليس هناك ما يمنع قانونا من ذلك ٠

٢) المتدخلون فى عملية التسليم والتسلم ،من غير المهندس المعمارى ،بعد تعديل المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الصادر فى ٤ يناير ١٩٧٨٠

بناء على التعديل الذى أدخله القانون المذكور على هذه المادة والذى أخضع لقرينة المسئولية ليس المهندس المعمارى والمقاول فقط كما كان الحال منذ قانون نابليون الصادر ١٨٠٤ ،بل كل من ساهم فى عملية البناء ،ويرتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل "par un contrat de louage d'ouvrage"(٢٤) فإن الفقه الفرنسى يذهب إلى أن كل من يدخل تحت نطاق تطبيق هذه القرينة من الإنشائيين

---

(٢٣) خصوصا إذا لاحظنا أنه فى الوقت الحاضر ،كثيرا مايكون المهندس المعمارى مقاولا فى نفس الوقت لاسيما فى الشركات الكبيرة للمقاولات التى تقوم بدور المقاول ،ويعمل فيها العديد من المهندسين المعماريين ، الذين يتولون التصميم والإشراف على التنفيذ وإدارة المشروع فى العمليات التى تسند إلى هذه الشركات ٠

(٢٤) انظر فى ذلك المواد - ١٧٩٢ و ١/١٧٩٢ ، ١٧٩٢ / ٤ ، من القانون المدنى الفرنسى المعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ يناير ١٩٧٨ ٠

تكون له مصلحة فى التدخل فى عملية التسلم ،من ذلك بالإضافة الى المهندس المعمارى ، الفنيين les techniciens مثل المكاتب الاستشارية " B. E. T " والمهندسين الاستشاريين " Ingenieurs conseils " والقياسين " Les metreurs " والمراجعين " les vérificateurs " وكذلك المقاولين من الباطن " les sous - Traitants " والصناع les fabricants (٢٥) والمراقبين الفنيين " les contrôleurs Techniques "والمؤمنين " les assureurs" (٢٦)كل هؤلاء باعتبار أن كلا منهم يؤدى عملا يتعلق بعملية التشييد ،سواء بالتدخل المباشر كماهو الحال بالنسبة للمقاولين من الباطن ،والصناع ،والمهندسين الاستشاريين والمكاتب الاستشارية ،أو بالتدخل غير المباشر ،كما هو الحال بالنسبة للقياسين والمراجعين والمراقبين الفنيين والمؤمنين ،لهم حق التدخل فى التسلم ،كما أن لهم الحق فى طلبه إذا قامت لأى منهم المصلحة فى التعجيل بطلبه ،إن تقاعس المقاول أو رب العمل فى ذلك (٢٧)

وفى تقديرنا فإن أمر طلب التسلم ليس رهنا بانطباق قرينة المسئولية ،أو عدمه ،وإنما هو يثبت لكل صاحب مصلحة فى أن يتم التسلم على وجه السرعة ،وذلك طبقا للقواعد العامة التى تقضى بأن لكل صاحب مصلحة مشروعة أن يقتضيها ،إن رضاءً أو قضاءً(٢٨)فمتى

---

(٢٥) بيجو : المرجع السابق ص ١٤٠ ،كاريلا : المرجع السابق فصل F ص ١٠ ، ١١ .

(٢٦) بيجو : المرجع السابق ص ١٤٠ ، ١٤١ ،مدام مارى رينو المقال السابق بند ٤٥ ص ١٣٢ .

(٢٧) بيجو المرجع السابق صفحة ١٤١ ، مدام مارى رينو: الهامش السابق .

(٢٨) فتحى والى : قانون القضاء المدنى ج ١ ط ١٩٧٢ ص ٩١ ، وما بعدها .

قامت المصلحة المشروعة لشخص ما، فى أن يتم تسلم العمل، كان لهذا الشخص أن يطلب هذا التسلم، كى تتحقق مصلحته ،ولذلك فإننا نجد الفقه الفرنسى ،يعطى الحق فى طلب التسلم لأشخاص لايرتبطون برب العمل بعقد مقاولة كما يقضى النص، من ذلك على سبيل المثال؛ المؤمنون ،والصناع الذين يقف دورهم عند مجرد التوريد للمقاول المتولى التنفيذ .

فالأمر فى نظرنا تحكمه القواعد العامة ،كما هو الحال فى مصر .

الفرع الثانى

شكل التسلم

القاعدة أن التسلم يتم بين أطرافه؛ إما فى صورة صريحة أو ضمنية ،بحيث يستنتج من ظروف الحال ،ووقائع الدعوى ،كما أن التسلم الصريح ،قد يكون رضائيا بين أطرافه ،أوقضائيا إذا ما تخلف عنصر الرضا عنه .

وعلى ذلك، نرى أن تكون دراسة شكل التسلم فى مطلبين : نخصص أولهما للتسلم الصريح، رضائيا كان أم قضائيا ،بينما نجعل الثانى للتسلم الضمنى .

المطلب الأول

التسلم الصريح

لا تكاد تثور مشكلة بصدد التسلم الصريح ـ سواء فى القانون المصرى أو الفرنسى إذا ما تم رضائيا بين أطرافه ،وذلك فى

حضورهم [1] وبالشكل الذى يرونه محققا لمصالحهم ،سواء تم ذلك - نادرا - شفاهة ،أو - غالبا - كتابة ،وذلك لتسهيل مهمة الإثبات إذا اقتضاه الامر .

إذا كان هذا بالنسبة للتسلم العريح ،إذا تم رضائيا بين أطرافه ،فإن الأمر لايكون كذلك ،إذا ما اختلف الأطراف فيمابينهم وحملوا نزاعهم إلى ساحة القضاء للفصل فيه ،إذ تثور بعض المشكلات التى يقتضى الحال التعرض لها بالدراسة ،لبيان وجه الحق فيها .

وعلى ذلك فان المنهج يقتضى دراسة كل منهما فى نبذة مستقلة .

أولا) التسلم الرضائى :

هذا النوع من التسلم هو القاعدة ،ويكون بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل به ،وهو كماتدل تسميته يتم برضاء أطرافه ،متزامنا كان هذا الرضاء أم غير متزامن ،ثم شفاهة أم أفرغ فى مضمون كتابى .

١) من الذى يطلب التسلم :

لاشك أن من يطلب التسلم ،هو من تقوم له مصلحة فى طلبه، وهذا غالبا ما يكون هو المقاول ،باعتبار أنه صاحب المصلحة الأظهر فيه [2] ،لما يترتب على التسلم من آثار ،جلها - إن لم يكن كلها - فى مصلحته ،مما سيأتى بيانه تفصيلا فى آثار التسلم [3].

---

(١) أو فى غياب بعضهم ،إذا أقر هذا البعض ،بعد حضوره ،ما أجراه الآخرون .

(٢) شنب : عقد المقاولة بند ١٢٧ ص ١٥٣ ،بوبلى : المرجع السابق : بند ٢٢٥ ص ١٣٩ .

(٣) انظر فيما بعد ،ص ٢٦٤ - ٢٧٨ .

كما قد يكون صاحب المصلحة فى التعجيل بطلب التسلم ،هو رب العمل ذاته ،كأن تقوم له مصلحة مادية ،أو أدبية فى وضع يده على العمل فى أسرع وقت ممكن (٤) ،كاضطراره إلى شغله أو أن تتاح له فرصة لتأجيره أو بيعه بمقابل مجز ،أو تكملة لمظهره الأدبى بسكناه ، او لقيام الثقة فيه باقتنائه . وكذلك كل صاحب مصلحة فى طلبه ،على الوجه الذى تم بيانه فى الفرع السابق (٥)،له الحق فى أن يطلب إجراءه إذا ما قصر المقاول أو رب العمل فى طلب إجرائه . وذلك كله بافتراض توافر الشروط الموضوعيه اللازمة للتسلم (٦) .

وهذا ما يستفاد ضمنا من المادة ٦٥٥ (٧) من القانون المدنى المصرى ،كما أنه هو ما صرحت به المادة ٦/١٧٩٢ (٨) من القانون المدنى الفرنسى حيث جاءت أكثر وضوحا فى ذلك ،إذ نصت على "أنه - أى التسلم - يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة فى التعجيل "(٩)

---

(٤) بوبلى : هامش ٢ أعلاه .

(٥) أنظر، فيما سبق، من ص ٢٠١ : ص ٢١٤ لاسيما ص ٢١٣ وما بعدها .

(٦) أنظر، فيما سبق، من ص ١٨١ : ص ١٨٧ .

(٧) م ٦٥٥ مدنى مصرى " متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ،وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات ،فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم ،رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ،اعتبر أن العمل قد سلم إليه " .

(٨) Art. 1792 - 6 (loi 78-12 du 4 jan, 1978) Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente"

(٩) أنظر فى الطرف صاحب المصلحة فى التعجيل : كاستو المرجع السابق ،بند ١٣١ ص ٨٤ . حيث يرى أن المقصود بالطرف هنا هو الطرف فى العقد الأصلى وليس فى عملية التسلم ،لأن التسلم لأن التسلم طبقا للفقه الغالب فى فرنسا ،عمل قانونى انفرادى كما سبق أن بينا .

٢) كيف يتم هذا التسلم

أ) فى القانون المصرى

مقتضى صراحة نص المادة ٦٥٥ [١٠] مدنى مصرى ،أن المقاول متى أتم العمل الموكول إليه إنشاؤه ،وجب عليه أن يضعه تحت تصرف ، رب العمل ،وأن يخطره بذلك بأى وسيلة ،يتحقق بها علمه اليقينى بأن العمل قد أنجز ووضع تحت تصرفه ليتسلمه ،وبذلك يكون المقاول قد نفذ التزامه بالتسليم -ولو لم يتسلم رب العمل الشىء [١١] وألقى بالكرة فى ملعب هذا الأخير ،الذى يجب عليه طبقا لصريح النص - أن يبادر إلى تسلمه ،فى أقرب وقت ممكن ،بحسب الجارى فى المعاملات ويتم هذا ،طبقا للمجرى العادى للأمور ،بانتقاله شخصيا ، أو من يمثله قانونا ، بمفرده ، أو مع أحد مساعديه من الفنيين المتخصصين فى هذا المجال والذى غالبا ما يكون مهندسه المعمارى ، إلى مكان العمل ،لمعاينته العمل وفحصه للتاكد من أن تنفيذه قد جاء سليما موافقا لشروط العقد ،ولما تقضى به قواعد الفن المعمارى، وأصول الصنعة .

وهنا لايخرج الوضع عن أحد الفروض الثلاثة التى سبق أن عرضناها فى بحثنا لدور المهندس المعمارى كمتدخل فى عملية التسلم ،فنحيل إليها [١٢] منعا من التكرار .

---

(١٠) انظر نص المادة فى هامش ٧ أعلاه .

(١١) شنب : عقد المقاولة : بند ١٢٦ وما بعده ص ١٥٠ : ١٥٣، السنهورى : الوسيط جـ ٧ /١ بند ٤٩ ص ٨٩ ، ٨٤ ص ١٥١ .

(١٢) انظر فيما سبق ص٢٠٨ وما بعدها .

ب) فى القانون الفرنسى

لايكاد الوضع يختلف فى فرنسا ،من حيث العمل ،عنه فى مصر حيث يضع المقاول العمل بعد إنجازه تحت تصرف رب العمل ،ويخلى بينه وبينه ويسلمه المفاتيح [(١٣)]. كل ذلك بقصد تمكينه من معاينة العمل وفحصه ،حيث يقوم رب العمل من جانبه - بمساعدة من ينتدبه لذلك وغالبا ما يكون المهندس المعمارى [(١٤)]- أو من يوكله فى ذلك ،بدوره فى المعاينة والفحص والمراجعة الدقيقة - ولا نكاد نجد الأمر يخرج عن الأوضاع الثلاثة التى سبق بيانها فى دور المهندس المعمارى ،باعتباره متدخلا فى عملية التسلم ،والتى لاتخرج عن تسلم العمل بدون تحفظات ،أو معها ،أو رفض تسلم العمل فنحيل إليها [(١٥)]

---

(١٣) مدام مارى رينو : المقال السابق بند ٣٠ ص ١٢٢،كاستو: تسلم الأعمال الخاصة "La réception des travaux privés. الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ ص ٧٩٤ .

(١٤) نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى) فى ١٦ من ديسمبر ١٩٧٠ ، بيلتان ١٩٧٠ - ٣ - رقم ٧٠١ .

" l'architecte qui procède avec le maître de l'ouvrage à la réception des travaux sans relever les malfaçons qui sont apparentes ni en exiger la réparation , manque à ses obligations contractuelles envèrs le maître de l'ouvrage "

وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ٢ من مايو ١٩٧٨ بلتان ١٩٧٨- ٣ رقم ١٧٥ ص ١٣٨ .

(١٥) انظر، فيما سبق، ص ٢٠٨وما بعدها،مدام مارى رينو : المقال السابق البنود ٣٠ ، ٣١ ، ٤٨ ص١٢٤ ، ١٢٣ ، ١٣٣ وما بعدها ، والهوامش المذكوره فيها .

وانظر على وجه الخصوص فى إجراءات عملية التسلم ،طبقا لنصوص " Normes A.F.N.OR " المطبقة على صفقات القانون الخاص " P. 03, 011 de mai 1966 et P. 03 , 001 de nov. 1972 . جاك مونتميرل : مقاله السابق ص ٢٥ ،وانظر كاستو : مقاله "تسلم الأعمال الخاصة": سابق الإشارة ص ٧٩٥ وما بعدها .

٣) تسلم العمل مع إبداء بعض التحفظات

قلنا إن التسلم يجرى فى أحد فروض ثلاثة ،قبول تام ،أوقبول مع تقرير بعض التحفظات وإما رفض تام . والطرفان لايكادان يثيران مشاكل فى التطبيق ،أما الوسط فهو الذى تثور بشأنه بعض المشاكل التى تقتضى التصدى لها ،ولعل من أبرزها هى : مدى قبول التحفظات التى يبديها رب العمل والتسليم بها ،ثم كيفية تنفيذها وأخيرا مدى تأثير تقريرها على سريان مدة الضمان .

أ) أما عن الأمر الأول ،وهو قبول هذه التحفظات ،والتسليم بها فالمقاول قد يقر هذه التحفظات التى ضمنها رب العمل محضر التسليم والتسلم ،وهنا لاصعوبة فى الأمر ،إذ يبدأ فى تنفيذها مباشرة أما إذا لم يقر المقاول هذه التحفظات ولا يسلم بها . فهنا يلزم الاحتكام إلى أهل الخبرة . - اتفاقا أو قضاء - للفصل فى حقيقة الأمر ،وهذا وضع تقتضيه - بطبيعة الحال - القواعد العامة ،وليس فى حاجة إلى نص يقرره .

ب) اما عن تنفيذ هذه التحفظات : فالمقاول بعد أن يقر التحفظات أو يقتنع بها - سواء من تلقاء نفسه أو بمقتضى قرار تحكيم ،أو حكم قضائى - عليه أن يقوم بتنفيذها على الوجه المرض بحيث يزيل بهذا التنفيذ أسباب الاعتراض ،على أن يتم ذلك فى الأجل المضروب ،وإلا ففى المدة المعقولة ،طبقا لظروف الحال ،وعرف المهنة .

أما إذا لم يقم المقاول بتنفيذ هذه التحفظات رضاء ،أوتباطأ فيه على الوجه الذى يضر بصالح رب العمل رغم إعذاره ،جاز لهذا الأخير - بعد استئذان القضاء ،ودونه فى حالة الاستعجال - أن يقوم بتنفيذها بواسطة مقاول آخر ،وعلى نفقة المقاول الأول (م ٢٠٩ مدنى مصرى) مع الاحتفاظ بحقه فى التعويض إن كان له محل، وذلك طبقا للقواعد العامة فى تنفيذ العقود،(١٦) وهو نفس ما تقضى به المادة

---

(١٦) شنب : عقد المقاولة بند ٦٩ ص ٨٨ وما بعدها ،السنهورى : الوسيط ج ٧ /١ بند ٤٤ ص ٧٨ وما بعدها.

٦/١٧٩٢ فقرة ٣،٤ من القانون المدنى الفرنسى المضافة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ (١٧) سالف الذكر .

ثانيا : التسلم القضائى :

قدمنا فى مطلع هذا الفرع ، أن الأصل فى التسلم الصريح أن يتم رضائيا عند اتفاق الأطراف ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق لسبب ما من الأسباب ، كان لا مفر عن حمل النزاع إلى ساحة القضاء ، لإعمال الحقيقة القضائية فيه ، وذلك عن طريق صاحب المصلحة فى ذلك والذى غالبا ما يكون المقاول (١٨)

وقدمنا أيضا أنه إذا كانت لا تكاد تثور مشكلة بشأن التسلم الرضائى ، فإن بعضا منها يبرز إلى الساحة ، مع التسلم القضائى (١٩) سواء منها ما تعلق بنطاقه أو الاختصاص به ، ومدى سلطة القاضى فيه ، ثم أخيرا ماهو تاريخه ؟

---

(١٧) - L'art. 1792- 6 al . 3 et 4 (loi 78-12 du 4 janv 1978
"Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné"

En l'absence d'un telle accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé , les travoux peuvent , après mise en demeur restée infructueuse, être exécutés aux frais et risques de l' entrepreneur défaillant"

(١٨) إيفون لامبرت فافر : مقال " تأمين المشروعات والمهن " Assurance des entreprises et professions " دالوز ١٩٧٩ صفحة ٥٠٥ وما بعدها ، بيجو : المرجع السابق ص ١٤٤ ، مدام مارى رينو : المقال السابق بند ٤٩ ص ١٣٤ .

(١٩) كاربلا : المرجع السابق فصل F ص ١٧ ، ١٨٠ ، مدام مارى رينو : المقال السابق بند ٥٠ ص ١٣٤ .

١) نطاق التسلم القضائى

يذهب بعض الفقه فى فرنسا (٢٠) إلى أن نطاق التسلم القضائى ينحصر فى حالة رفض رب العمل تسلم العمل عند عرضه عليه ،رفضا ليس له مبرر ،حيث توافرت شروطه ،ويهدف هذا الفقه من هذا التحديد إلى تحاشى الخلط بين مجال التسلم القضائى - باعتباره تسلما صريحا - ومجال التسلم الضمنى • وهكذا نجد أن هذا الرأى ،قد حدد النطاق الموضوعى للتسلم القضائى ،فى حالة رفض تسلم العمل فقط كما أنه حدد نطاقه الشخصى - فيمايتعلق بمن له حق طلبه - فى المقاول أو من يمثله قانونا •

ونحن من جانبنا نرى أن هذاتحديد بغير محدد • فليس ثمة ما يمنع من حمل نزاع نشأ بشأن التحفظات التى قررها رب العمل إلى القضاء للبت فيها ،من حيث وجود مسبباتها ،وتقدير قيمتها كما أو كيفا •

كما أنه ليس هناك ما يمنع أيضا من أن يلجأ رب العمل نفسه إلى القضاء - وذلك طبقا للقواعد العامة فى عقد المقاولة - طالبا تسليمه العمل ،وذلك عند تباطؤ المقاول فى التسليم ،أو رفضه إياه•

صحيح أنه قد يكون هذاهو الفرض الغالب فى العمل ،ولكن هذا لايمنع أن تقوم إلى جانبه فروض أخرى يقتضيها الواقع ولايحرمها القانون •

وهذا ما يتفق - فى رأينا - والمادة ٦/١٧٩٢ فقرة ١ من القانون المدنى الفرنسى سالفة الذكر ،والتى تقضى بأن التسلم يتم بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل ،وبأنه قد يتم رضائيا

(٢٠) كاريلا . الهامش السابق ،كاستون . مقال " Les Textes d'application de la loi 78-12 sur la responabilité et l'assurance de la construction " A.J.P.I 1979 P.5.

وانظر ايضا مدام مارى رينو : المقال السابق بند ١٤٨ص ١٣٣ حيث نرى أن النزاع يحمل أولا إلى التحكيم طبقا للمادة ١٨ من " N. F. P. 03 , 001 de 1072" •

" aimablement " أو قضائيا " judiciairement " عند تخلف الرضا . فلا يبدو من هذا النص أنه يدل على هذا التحديد لا بالعبارة ولا بالإشارة .

وهكذا نرى من جانبنا طرح هذا التحديد ، الذى لايجد له سندا من واقع أو قانون ، وأن يتم التسلم القضائى بناء على طلب كل صاحب مصلحة فيه ، وفى الموضوع الذى يقدر معه ضرورة الالتجاء فيه إلى القضاء لحسمه - وذلك فى نطاق القواعد العامة - عند عدم اتفاقه مع الطرف الآخر وديا على حله .

٣) الاختصاص

لا تكاد تختلف قواعد الاختصاص فى هذا الصدد ، فى القانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى ، فإن دعوى التسليم أو التسلم التى يرفعها أحد أطراف عقد مقاولة المبانى أو المنشآت الثابتة الأخرى ، أو من له مصلحة فيها ، ينعقد الاختصاص بها فى مصر إما للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو لمحكمة موطن المدعى عليه وذلك باعتبار أنها دعوى شخصية عقارية ، فإن كانت الأولى هى الثانية فلا مشاحة ، وإن اختلفتا كان الاختصاص لإحداهما ، طبقا لما يراه المدعى [٢١]. كما ينعقد الاختصاص بها فى فرنسا ، لمحكمة أول درجة التى يقع فى دائرتها العقار [٢٢]. تفصل فيها باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل فيها .

---

(٢١) م ٥٠ /٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
وانظر أيضا : فتحى والى : قانون القضاء المدنى ج ١ ط ١٩٧٢ بند ٢١٢ ، ٢١٣ ، ص ٤٩٨ وما بعدها ، وكذا ص ٥١٥ والبند ٢٢٠ / ٢ ص ٥١٧ وما بعدها .

(٢٢) بيجو المرجع السابق ص ١٤٥ ، مدام مارى رينو : المقال السابق : بند ١٤٨ ص ١٣٤ ، ١٥٠ ص ١٣٥ . كاريلا : المرجع السابق فصل ٤ ص ١٨ .

على أنه ليس هناك ما يمنع من رفع الدعوى أمام قاض الأمور المستعجلة، طبقا للقواعد العامة، إذا توافر ظرف الاستعجال، ولم يكن هناك نزاع جدى متعلق بالموضوع (٢٣).

٣) مدى سلطة القاضى المختص بالفصل فى النزاع

والسؤال المطروح للبحث فى هذه الجزئية، هو عن دور القاضى فى النزاع المتعلق بتسلم العمل، بمعنى، هل يقف دور القاضى، عند مجرد إدانة الطرف المعاند، وأمره بأن يباشر الأمر المدعى عليه به؟ أم أنه يستطيع أن يقوم مقام هذا الطرف، ويحل نفسه محل إرادته فيصدر حكمه ليحل محل تلك الإرادة، ويكون بمثابتها تماما ؟

لم يحسم المشرع الفرنسى هذه المسألة، رغم ما دار حولها من مناقشات فى البرلمان الفرنسى أثناء مناقشة القانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ سالف الذكر . فلقد ذهب رأى يتزعمه " M. Foyer " إلى أن للقاضى أن يعلن التسلم بنفسه، محلا إرادته محل إرادة رب العمل المتخلف، وإلا فسيكون الحكم بدون فائدة عملية تذكر، وعلى العكس من ذلك، ذهب رأى آخر يتزعمه " M.J. Barrot " إلى أن القاضى ليس له إلا أن يأمر رب العمل المتخلف بإجراء التسلم (٢٤)

ولم يقتصر الخلاف حول هذه المسألة، على ساحة البرلمان، بل انتقل أيضا إلى ميدان الفقه، الذى انقسم بدوره إلى فريقين:

---

(٢٣) أنظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق بإشاراتها

(٢٤) الأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨ - مناقشات الجمعية الوطنية الجريدة الرسمية ١٩ ديسمبر ١٩٧٧ ص ٨٩٨١ .

أحدهما بوسع من سلطة القاضي ،بحيث يمنحه مكنة إحلال إرادته محل إرادة رب العمل المتخلف عن تنفيذ التزامه بالتسلم [٢٥]. وذلك بإعلان التسلم بدلا منه إذا ما ثبت لديه توافر كافة الشروط الموضوعية التي تطلبها القانون ،ويذهب أنصار هذا الرأي إلى ،أن القول بغير ذلك : يمنح الطرف المتخلف عن تنفيذ التزامه ،مكنة تجميد الحكم القضائي الذي يأمره بالتسلم ، إذا ما أصر على موقفه من التعنت ،وسوء القصد ،رغم ما قد يفرضه عليه الحكم من إكراه مالي ،يفضل دفعه ،تعنتا ،وافتراء ،عن تنفيذ الحكم بقيامه بتنفيذ التزامه بالتسلم [٢٦].

بينما يذهب فريق آخر [٢٧] إلى التضييق من سلطة القاضي بحيث لايسمح له - بعد التأكد من توافر كافة الشروط الموضوعية للتسلم - إلا أن يأمر رب العمل بتنفيذ التزامه بالتسلم ، دون أن يذهب إلى أبعد من ذلك من إحلال نفسه محله ،في إعلان التسلم والقيام به بدلا عنه .

ونحن في مقام الترجيح ،نذهب إلى مايقول به أنصار الرأي الأول وذلك لما أوردوه من أسباب منطقية ومعقوله . ونرى أن هذا ما تشير إليه المادة ٦٥٥ من القانون المدني المصري ،سالفة الذكر والتي تعتبر أن العمل قد سلم إلى رب العمل ،إذا امتنع هذا عن تسلمه دون سبب مشروع رغم دعوته الى ذلك بانذار رسمي . فالقاضي تطبيقا لهذا النص سيصدر حكمه باعتبار أن العمل قد سلم إلى رب

---

٢٥) وفي رأينا محل إرادة المقاول المتخلف عن تنفيذ التزامه بالتسليم .

(٢٦) روليه وبييس : Roullet et Piesse في تعليق على القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ،جازيت دي باليه ١٩٧٨ - ١ ص ١١٥ ، ١٢٥ ،بيجو : المرجع السابق ص ١٤٥ ،كاريلا : المرجع السابق فصل F ص ١٧ .

(٢٧) فرانك مودرن: " Le nouveau régime de la responsabilité décennal " Mon . T. pub., 24 juil 1978. ص ٢١ العمود الأول وهامش ٥٤ ،روسيل ومعاونيه : المرجع السابق ، §A39

العمل ،حتى ولو لم يتسلمه فعلا (٢٨).

٤) ماهو تاريخ التسلم القضائي ؟

تبدو أهمية هذا التساؤل ،إذا تذكرنا أهمية تاريخ التسلم، إذ من هذا التاريخ ينتج التسلم كافة آثاره القانونية .

فهل يكون تاريخ التسلم هو تاريخ صدور الحكم الصادر به ؟ أو هو تاريخ إعلانه ؟ أم أن للقاضي أن يتصرف بحرية كاملة ،بحيث يختار تاريخا آخر للتسلم غير تاريخ صدور الحكم ، ليجعل منه تاريخا للتسلم ،مثل تاريخ وضع اليد ، ،أو تاريخ رفع الدعوى مثلا أو تاريخ ايداع تقرير الخبير في الدعوى ،أو التاريخ الذي يقدر الخبير فيه أن العمل كان قد أنجز مطابقا وفي حالة تسمح بتسلمه ؟

والفصل في هذه المسألة ،يستلزم الوقوف على طبيعة الحكم الصادر في الدعوى،هل هو حكم منشئ للحق أم مقرر له ، الأمر الذي يتوقف بطبيعة الحال على بيان الطبيعة القانونية للتسلم ،هل هو عمل قانوني خالص ،أم مجرد واقعة قانونية . أم هو عمل قانوني مختلط ،يجمع بين عناصر مادية،وعناصر إرادية ،بحيث تجعله لا هو بالعمل القانوني الخالص ،ولا بالواقعة القانونية المجردة عن أي عنصر إرادي . ذلك أنه إذا كان التسلم عملا قانونيا خالصا فإن الحكم هنا يحل محل إرادة الطرف المعاند لينشئ الحق ،فهو إذن حكم منشئ . أما إذا كان التسلم مجرد واقعة قانونية ،فإن الحكم الصادر سيكون مجرد إثبات للوقائع ،وبالتالي يكون حكما مقررا (٢٩)

---

(٢٨) محمد كامل مرسي : العقود المسماه جـ ٤ بند ٦١١ ص ٥١٣، وما بعدها ،شنب : عقد المقاولة . بند ١٢٧ ص ١٥١ ،السنهوري : جـ ٧ / ١ بند ٨٦ ص ١٥٣ وما بعدها .

(٢٩) بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٣١ ص ١٤٢ وما بعدها.

أما إذا كان التسلم عملا قانونيا مختلطا - كما سبق أن قررنا[٣٠] من عناصر مادية ،وعناصر إرادية ،فان الحكم الصادر - فى تقديرنا - سيكون حكما مقررا بالنسبة للعناصر المادية ٠

ولما كان القانون المدنى الفرنسى ،فى المادة ٦/١٧٩٢ فقرة ١ سالفة الذكر ،قد تبنى فكرة أن التسلم عمل قانونى ٠ وليس مجرد واقعة قانونية ،الأمر الذى قال به أيضا الفقه الغالب فى فرنسا كما سبق أن بينا [٣١]،فإن الحكم الصادر فى موضوع التسلم ،يكون إذن حكما منشئا للحق وليس مقررا له ٠ وبالتالى فإن تاريخ التسلم يكون هو تاريخ صدور هذا الحكم ،هذا مايقول به بعض الفقه فى فرنسا [٣٢]بحيث لايسمح للقاضى بأن يحدد تاريخا آخر للتسلم غير تاريخ الحكم الصادر به ٠

إلا أن الفقه الغالب فى فرنسا [٣٣] ،يذهب إلى أن القول بأن يكون تاريخ الحكم ،أو تاريخ إعلانه هو تاريخ التسلم ،فيه إضرار

---

(٣٠) انظر فيما سبق من ص ١٧١ / ١٧٤ ٠

(٣١) انظر فيما سبق ، ص ١٦٤وما بعدها ٠

(٣٢) التقرير المقدم من M . FOYER مناقشات الجمعية الوطنية ،١٩ ديسمبر ١٩٧٧ الجريدة الرسمية بذات التاريخ ص ٨٩٨١ ،بوبلى : المرجع السابق ٠ بند ٢٣١ ص ١٤٣ حيث يميز بين وضعين :

الأول : أن يكون الحكم الصادر مجرد إثبات قضائى لتسلم سبق أن أعلن ، وغالبا ما يكون تسلما ضمنيا ٠ وهنا يكون الحكم مقررا لواقع قد تم ،وبالتالى يكون تاريخ التسلم هو مايثبته له الحكم ٠

الثانى أن تحل إرادة القاضى محل إرادة الطرف المعاند وبالتالى يعتبر الحكم فى هذه الحالة منشأ للحق وليس مقررا له وعلى ذلك فلا مندوحة من أن يكون تاريخ التسلم ،هو تاريخ ذلك الحكم ٠ ويلاحظ أن قول بوبلى هذا يتعارض فى فرضه الأول مع موقفه الرافض لفكرة التسلم الضمنى فى ظل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ كما سيأتى بيانه فى موضعه من البحث ٠

(٣٣) مالنقووجستان : المقال السابق ٠ بند ٩ ،بيجو : المرجع السابق ٠ ص ١٤٥ ومابعدها ،كاريلا : المرجع السابق فصل F ص ١٨ مدام مارى رينو : المقال السابق بند ٥٠ ص ١٣٥ ٠

بمصلحة المقاول حسن النية ،لصالح رب العمل سيء النية. الذى قد يعمد - وهذا هو الغالب - إلى إطالة إجراءات التقاضى ،ووضع ما يستطيع من عقبات وعراقيل ،تعيق صدور هذا الحكم .

وعلى ذلك ،فيذهب جانب من هذا الفقه الغالب ،إلى جعل تاريخ التسلم هو التاريخ الذى يقرالخبير فىتقريره بأن العمل كان فيه فى حالة تسمح بتسلمه ،أو هو التاريخ الذى يودع فيه الخبير تقريره فى الدعوى (٣٤). بينما يذهب جانب آخر إلى أن يكون تاريخ التسلم هو التاريخ الذى يحدده له الحكم الصادر به (٣٥).

ويبرر كاريلا هذا القول ،بأنه إذاكان التسلم عملا قانونيا فإنه أيضا ،وقبل كلشيء ،ينطوى على واقعةمادية ،هى التى يثبتها القاضى ،ويلاحظها ،وهى تسلم عمل منجز ومطابق للشروط التعاقدية أو العرفيه . فيلزم إذن الإقرار بإمكانيةأن تحل إرادة القاضى محل إرادةرب العملوذلك عند التقصير أو عدم الوفاء الخاطئ والغير مبرر لهذا الأخير ،وبالنتيجةلذلك ،إمكانية القول بأن حكمه يعادل تسلما /مع أو بدون تحفظات ،وطبقا للتاريخ الذى يحدده (٣٦).

ونحن من جانبنا نتفق مع غالبية الفقه الفرنسى فيما تذهب إليه من الاعتراف للقاضى بسلطة تحديد تاريخ للتسلم ،يختلف عن

---

(٣٤) مالنفو وجستار : المقال السابق بند ٩ ، بيجو : المرجع السابق ص ١٤٥ وما بعدها . ج لابورت و ف تيير : مقالهما السابق " تسلم العمل فى الملكية على الشيوع " ص ٧٢٨ .

(٣٥) مدام مارى رينو : هامش ٣٣ اعلاه . كاريلا : بذات الهامش . ويقيس ذلك على حالة البيع الجبرى .

(٣٦) كاريلا : الهامش السابق .

تاريخ صدور حكمه به . وفى تقديرنا: أن أنسب تاريخ يمكن أن يتخذه القاضى للتسلم ،هو التاريخ الذى يقر الخبير أن العمل كان فيه منجزا تماما ،ومطابقا لجميع المواصفات المتطلبة [٣٧] وموضوعا تحت تصرف رب العمل ليتسلمه [٣٨]. وذلك لما فى هذا القول من عدالة ،وإزالة للتعسف من جانب الطرف المتعنت ،ومعاملته على عكس مقصوده .

تبريرنا لهذا الرأى

سبق وأن انتهينا فى بيان الطبيعة القانونية للتسلم ،أنه ليس عملا قانونيا خالصا ،وإنما هو عمل قانونى مختلط . تختلط فيه عناصر مادية بعناصر إراديه [٣٩] وإن كنا قد قررنا أيضا [٤٠]، أن الجانب الإرادى فيه هو الغالب . لترتب معظم آثار التسلم عليه إلا أن هذا لايبرر إغفال دور العناصر المادية التى يتضمنها التسلم وفى تقديرنا ،فإن أهم ما يبرز فيه هذا الدور أمران : أولهما أنه يجعل حكم القاضى كاشفا أو مقررا لوجود التسلم ،وليس منشئا له [٤١]، وثانيهما ،أنه يعطل قاعدة إثبات التصرف القانونى

---

(٣٧) إذا كان طالب التسلم هورب العمل ،وقد مضى ميعاد التسليم ولم يقم المقاول به .

(٣٨) إذا كان طالب التسلم هو المقاول .

(٣٩) ، (٤٠) أنظر هامش ٣٠ أعلاه .

(٤١) أنظر فى أثر الحكم من حيث أنه كاشف (أى مقرر) أومنشئ: أحمد أبوالوفا : المرافعات المدنية والتجاريه ط ٧ ١٩٦٣ . دار، المعارف بالاسكندرية بند ٥٥٩ ص ٨٩٢ وما بعدها . رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات . المدنية والتجارية ط ٩ ، ١٩٦٩/ ١٩٧٠ دار النهضة العربية بند ٥٤٣ ص ٦٩٥: ص ٦٩٧ . ،فتحى والى : قانون القضاء المدنى ح ٢ دار النهضة العربية ١٩٧٣ من بند ٩٢ ص ٢١٩ : بند ١٠٢ ص ٢٤١ ،ومابعدها ،عبد الباسط جميعى : مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات الجديد . دار الفكر العربى . ط١٩٨٠ ص ٥٢١ .

بالكتابة ،فيما زاد عن ٢٠ جنيها مصريا . أو ٥٠٠٠ فرنك فرنسى ليجعل إثبات التسلم - باعتباره تعرفا قانونيا مختلطا-ممكنا بكافة طرق الإثبات (٤٢) .

أما عن الدور الأول للوقائع القانونية التى يتضمنها التسلم، فتفسيره ؛أن حكم القاضى لاينشىء إرادة رب العمل فى التسلم ،وإنما هو يسعى جاهدا نحو الكشف عن هذه الإرادة ،ليقرر وجودها من عدمه وسبيله إلى ذلك ،هو التثبت من قيام الوقائع القانونية التى يتضمنها التسلم ،والتأكد من وجودها ،وبالتالى تقرير ذلك الوجود وإثبات هذا القيام ،وهذه الوقائع منها تنجيز العمل ومطابقته للشروط المنصوصة أو المتعارفه ،وكذلك واقعة وضعه ،من جانب المقاول ،تحت تصرف رب العمل ،دون عائق ،ليتسلمه .

فإذا ما تيقن القاضى من وجود هذه الوقائع وثبتت لديه ،بما لايدع مجالا للشك ،كان له أن يقرر وجود إرادة رب العمل وتكونها فى داخله بتسلم العمل ،باعتبار أن هذه الوقائع هى شروط وجود هذه الإرادة ،وأساس تكونها فى نفس صاحبها ،والشىءيقوم بقيام شروطه، وإن كان رب العمل ،لازال - لشىء فى نفسه - يكمن هذه الإرادة المتكونة فى داخله ،ولم يبدها لهم ،وهكذا فان حكم القاضى لاينشىء بذلك إرادة رب العمل فى التسلم ،وإنما هو يكشف عن وجودها ،وتكونها فى نفس صاحبها ،بناء على أمارات ودلائل قاطعة فى وجودها ،جازمة على قيامها استنادا إلى اتفاقهما الثابت بعقد المقاولة . حيث كان رب العمل قد رضى بداءة ،ومنذ التعاقد ،بتكون إرادته فى التسلم وقيامه به ،إذا توافرت شروط هذا التكون من تنجيزومطابقة؛ وعلى ذلك فإن ثمة أحد لاينكر حق القضاء فى إظهار هذه ، الإرادة

---

(٤٢) بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٨ ص ٢٠٤،السنهورى: الوسيط ،ج ٧ / ١ بند ٦٧ ص ١٢٣ .

وإعلانها ،متى أضمرها صاحبها ،ولم يبدها لمن هو قابع فى انتظارها رغم توافر كافة شروط تكونها وإظهارها .

يتضح من ذلك أن دور القاضى هنا يقتصر على مجرد الكشف عن هذه الإرادة المكتومة ،وفك اسرها وحل عقالها وإعلانها على الملأ وليس إيجاد هذه الإرادة وتكوينها فهذا أمر سابق على تدخل القاضى إذ هو رهن بتوافر شروطه ،والفرض فيها أنها قد توافرت جميعها .

وعلى ذلك فحكم القاضى فى هذا الخصوص ،بمثابة القنطرة التى تعبر عليها الإرادة ،من داخل صاحبها إلى حيز الوجود الخارجى حيث تبلغ الطرف الآخر ،فتترتب عليها بذلك آثارها التى أرادتها (٤٣)

***

---

(٤٣) السنهورى : الوسيط ،ج ١ بند ٧٥ " الإرادة ومظهرالتعبير عنها ،ص ١٨٦ ،وهامش ٢ فيها . وكذلك فقرة ٧٦ ص ١٨٧ ،٧٨ ص ١٩٢ إذ يقرر ،رحمه الله ،أن مظهر التعبير عن الإرادة ليس إلا قرينة عليها أى على وجودها - تقبل إثبات العكس .

ومنه قول الشاعر " إن الكلام لفى الفؤاد وإنما جعل اللسان عليه دليلا .

المطلب الثاني

التسلم الضمني

إذا كان التسلم الضمني لم يثر بشأن وجوده نقاش في مصر إلا أن الأمر لم يعد كذلك في فرنسا ،بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ٠

وعلى ذلك ،فإننا بعد أن نعرف التسلم الضمني ،نعرض لمدى وجوده من عدمه ،في كل من القانونين المصري والفرنسي ،كل في نبذة مستقلة ٠

تعريف التسلم الضمني

نستطيع أن نعرف التسلم الضمني " بأنه اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معه شكا في أنه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله ٠

ولعل أهم ما يلاحظ على تعريفنا للتسلم الضمني على هذا الوجه أنه ينم عن طبيعته القانونية ،في أنه عمل قانوني مختلط - شأنه شأن الصريح كما سبق أن رأينا في المطلب السابق - تختلط فيه عناصر مادية - وهو ما يعبر عنه باتخاذ موقف معين ،كوضع اليد أو الاستيلاء على العمل مثلا - بعناصر إراديه - وهو ما يعبر عنه بأن ذلك الموقف المادى يعبر عن إرادة واعية لمتخذه في تسلم العمل - وذلك بأن يكون متخذ هذا الموقف ،واعيا نتائجه مدركا أبعاده، مرتضيا بكافة آثاره ،وأن يكون اتخاذ هذا الموقف صادرا عن إرادة صحيحة ،ليست مشوبة بشئ من عللها ٠

أولا : التسلم الضمنى فى القانون المصرى

ليس ثمة نزاع يثور فى مصر بالنسبة لوجود التسلم الضمنى إذ الأمر يسير طبقا للقواعد العامة ،وهى كما تقرر وجود التسلم الصريح ،تقر أيضا وجود التسلم الضمنى باعتباره تعبيرا عن إرادة واعية للمتسلم ،والتعبير عن الإرادة - وفقا للقواعد العامة - كما يكون صريحا يمكن أن يكون ضمنيا .

وعلى ذلك فالتسلم الضمنى ،يستخلص من وقائع ،يفترض معها بالضرورة موافقة رب العمل عليه ، كالاستيلاء على العمل،واستعماله مدة طويلة ،أو تأجيره للغير ،أو التصرف فيه ،أو إدماجه فى شىء آخر له ،أو تسوية الحساب مع المقاول ،بعد معاينة العمل وفحصه دون إبداء أى تحفظ (٤٤).

ثانيا : التسلم الضمنى فى القانون الفرنسى

لم يكن الوضع فى فرنسا يختلف عنه فى مصر ،فقد كان التسلم الضمنى مقررا فقها (٤٥) وقضاء(٤٦). ولكن بصدور القانون رقم

---

(٤٤) شنب : عقد المقاولة . بند ١٢٧ ص ١٥٢ ،السنهورى: الوسيط ج ٧ /١ بند ٨٤ ص ١٥١ .

(٤٥) دلفو " رسالته السابقة " بند ٢١١ ص ١٧٦ - ١٧٨.
بلانيول وريبير ورواست: ج ١١ بند ٩٥٨ ص٢٠٤ كاستو : مقاله السابق " تسلم الاعمال الخاصة " ص ٧٩٦ . مازو : فى مطول المسئولية ج ٢ ط ٦ ١٩٧٠ بند ١٠٧٠/ ٨ ص ٨٧ .

(٤٦) استئناف مونبلييه فى ٢ من نوفمبر ١٩٧٦ : " en l'absence d'un procès - verbale émanant du maître de l'ouvrage , la réception peut être tacite et résulter de divers éléments , la prise de possession peut être un de ces éléments si elle traduit sans équivoque l'intention du maître de l'ouvrage d'accepter les travaux. Encore faut - il qu'elle soit corroboré

=

١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨ ،والذى بدأ العمل به اعتبارا من أول يناير ١٩٧٩ ،وتعريفه للتسلم ـ كما سبق القول ـ على أنه عمل قانونى ، واقتضائه أن يتم حضوريا ،فإن الأمر قد تغير، إذ انقسم الفقه على نفسه: بين منكر لوجود التسلم الضمنى، وقائل به وبطبيعة الحال لكل حججه وأسانيده .

فيذهب المنكرون (٤٧) إلى أن المادة ٦/١٧٩٢ فى فقرتها الأولى (٤٨) قد عرفت التسلم بأنه عمل قانونى وأنه يحدث ،بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل به ،وأنه يحدث رضائيا وقضائيا ،كما وأنه فى كل الأحوال يجب أن يكون حضوريا . كما نصت الفقرة الثانية منها على ضمان تمام الإنجاز . فإن المشرع وقد صاغ النص على هذه الصورة فإنما أراد بذلك أن يفصح عن إرادته فى عدم الاعتراف بالتسلم الضمنى وإدانته لما جرى عليه العمل من الاعتراف به . فكل عبارات

=

par d'autre indice comme l'absence de réclamation pendant un certain temps , ou le règlement complet des travaux"

مذكور فى مقال مدام مارى رينو : سابق الإشارة ص ١٣١ هامش ١٩١ .

وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ٨ من مارس ١٩٧٨ ، المجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٧٩ ص ٦٨ ،مجلس الدولة الفرنسى فى ١٠ من مايو ١٩٧١ مجموعة مجلس الدولة " Rec . Leb. " ١٩٧١ص ٢٠٤

(٤٧) بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٢٧ — ٢٢٨ ،ص ١٤٠— ١٤١ فرانك مودرن : المقال السابق، Mon. de Tr. pub. عدد ٢٤ يوليو ١٩٧٨ ص ٢١ ،كوستا COSTA «مسئولية المعماريين طبقا لقانون ٤ يناير ١٩٧٨" دالوز ١٩٧٩ ص ٤١ ، ٤٢ . مدام مارى رينو : المقال السابق بند ٤٥ ص ١٣٢ ، ى جودميه : المقال السابق ص ١١٥ .

(٤٨) Art. 1792 - 6 - ali, 1er (loi 78-12 du 4 jan. 1978) la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves . Elle intervie

النص تدل على أن التسلم يجب أن يكون صريحا فقط ،ولا مجال بعد ذلك للتسلم الضمنى فى القانون الفرنسى ،هذا إذا أضفنا إلى كل ذلك مشكلة تعذر إثباته (٤٩).

ويرد أنصار التسلم (٥٠) الضمنى ،بأن النص لم يصرح بوجوب أن يكون التسلم صريحا ،أما ما استدل به المنكرون من إشارات فى النص على أن القانون الجديد لايجيز التسلم الضمنى ،فليس بمقنع ويمكن الرد عليه فيما هو آت :

ففيما يتعلق باستعمال المشرع للفظ " acte " فإنه أراد بذلك القطع فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للتسلم هل هو عمل قانونى أم واقعة قانونية ،وتبنى بذلك فكرة أنه عمل قانونى وليس مجرد واقعة قانونية (٥١) ،وهكذا لم يهدف المشرع باستعماله لهذا اللفظ الإجهاز على التسلم الضمنى ،كما ذهب البعض ،إذ القاعدة

- à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable soit, à défaut, judiciairement . Elle est en tout état de cause ,prononcée contradicoirement.

Al.2: La garantie de parfait achèvement , à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an , à compter de la réception , s'étend à la réparation de Tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage.."

(٤٩) بوبلى : المرجع السابق : بند ٢٢٧ ص ١٤١ .

(٥٠) بيجو: المرجع السابق ،ص ١٤١ وما بعدها ،مازو وجيجلار: المرجع السابق بند ١٣٥٤ ص ٧٦٥ وبند ٢/١٣٦٥ ص ٧٩٤ .

كاريلا : المرجع السابق فصل F ص ١٢ : ١٦ كاستون :مقال السابق " P. 6 col . 2 » les textes "d'application ..... "

(٥١) أنظر الفقرة الأولى من المادة ٦/١٧٩٢ مدنى فرنسى هامش ٤٨ أعلاه .

وانظر ،أيضا ،فيما سبق ص ١٦٤.

العامة المقررة سلفا والتى جرى عليها العمل ردحا طويلا من الزمن هى أن العمل القانونى كما يكون صريحا ،يمكن أن يكون ضمنيا ،ولم يرد بالنص ما يقطع بالخروج عليها (٥٢).

أما ما يتعلق بالتسلم القضائى ،فليس ثمة ما يمنع من بقاء التسلم الضمنى إلى جواره ،ولكل مجال عمله ،ولايلزم الخلط بينهما ولا يلزم بالضرورة من تقرير نظام هدم نظام آخر مالم يكن متعارضا معه ،وهنا لاتعارض (٥٣) .

أما ظرف الحضورية الذى تطلبه المشرع لتمام التسلم والذى جعل منه المنكرون عقبة كئود فى سبيل وجود التسلم الضمنى ،فلا ينبغى الوقوف عند مجرد اللفظ ،بل يجب تعديه إلى المغزى منه والمراد الذى سعى المشرع لتحقيقه من اقتضاء هذا الظرف . ومعلوم أن مراد المشرع من اقتضاء هذا الشرط هو حماية مصلحة المقاول ،فى ضرورة تواجده أثناء التسلم ،لإبداء رأيه فى التحفظات التى يبديها رب العمل - أو مساعديه - وهو يتسلم العمل ،ولا يخفى مافى ذلك من فوائد جمة ،أراد المشرع تحقيقها ،هذا هو شأن ظرف الحضورية الذى تطلبه المشرع ،وليس من شأنه أن يقلب العمل القانونى الانفرادى (٥٤) -وهو التسلم إلى اتفاق صريح بين الأطراف (٥٥).

وعلى أية حال فإن ظرف الحضورية ،لايتطلب بالقطع ضرورة الكتابة وبالنتيجة لذلك فهو لايقتضى أن يكون التسلم صريحا (٥٦) ويمكنه أن يتحقق من تصرف الأفراد .

---

(٥٢) كاريلا : المرجع السابق فصل ٣ ص ١٥ ،بيجو : هامش ٥٠ أعلاه

(٥٣) كاريلا : الهامش السابق . كاستون : هامش ٥٠ السابق .

(٥٤) وهو التكييف الذى ارتضاه الفقه الغالب فى فرنسا للطبيعة القانونية للتسلم ،كما سبق أن رأينا ، أنظر ، فيما سبق ، ص ١٦٤ وما بعدها ،والمراجع المشار إليها هناك .

(٥٥) كاريلا : الهامش السابق رقم ٥٢ أعلاه ،كاستون : هامش ٥٠ السابق .

(٥٦) كاريلا : الهامش السابق . وهذا القول اتفاقا مع الفقه الغالب من أن التسليم الصريح لا يتم إلا كتابة . أنظر ص ٢٠٣ وما بعدها .

أما فيما يتعلق بضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى ،فهذا ليس بدليل قاطع على نفى التسلم الضمنى ،الذى قد يتم دون تحفظات ،أو قد يتم طلب إعمال هذا الضمان ،فى خلال السنة التالية للتسلم الضمنى (٥٧) .

أما الحجة الأخيرة التى يستدل بها منكروا التسلم الضمنى فهى حجة تتعلق بالإثبات مفادها أن المشرع وقد تبنى فكرة العمل القانونى فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للتسلم فإنه يكون بذلك ،قد استلزم الكتابة كدليل وحيد لإثباته وذلك طبقا للمادة ١٣٤١ مدنى فرنسى (٥٨) وبذلك يكون المشرع قد استبعد التسلم الضمنى - لاستحالة إثباته كتابة - واقتصر على التسلم الصريح (٥٩)

ولقد لاحظ كاريلا (٦٠) أن القضاء الفرنسى قبل قانون ٤ يناير ١٩٧٨ - وقد كان يحلل التسلم على أنه عمل قانونى ،(٦١) قد أهمل

---

(٥٧) كاريلا : الهامش السابق رقم ٥٢ أعلاه .

(٥٨) Art.1341 C.civ. (loi 80 - 525, 12 , juil 1980) Il doit étre passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes chases excédant une somme ou une valeur fixée par décrét ,meme pour volontaires , et il n'est reçu aucune preuve par temoins contre et outre le contenu aux actes , ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant , lors ou depuis les actes , encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.."

(٥٩) بوبلى : المرجع السابق بند ٢٢٥ ص ١٣٩ ،٢٢٧ ص ١٤٠ وما بعدها .

(٦٠) المرجع السابق فصل F ص ١٧.

(٦١) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ٨ من أكتوبر ١٩٧٤ ، بيلتان ١٩٧٤ - ٣ - رقم ٣٣٧ ص ٢٥٨ ،فى ١٧ من نوفمبر ٧٦ غير منشور . مشار إليه فى كاريلا . المرجع السابق ،فصل F ص ٧ هامش ١٦ والأحكام الأخرى الغير منشورة والمشار إليها بذات الهامش .

هذه المشكلة ،وهو يقضى بوجود التسلم الضمنى ،مستنتجا إياه من بعض الظروف والوقائع المادية ،أيا كانت،غير مؤيدة بأى قدر من الكتابة ،أيا كان (٦٢) .

ويرى كاريلا : أن هذا القضاء ،يجب أن يستمر أيضا ،فى ظل القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ،لأنه ستوجد أيضا فى ظل أحكام هذا القانون - كما كان فى ظل القوانين السابقة - حالات يظهر فيها أن رب العمل سيقبل العمل ،حتى ولو كان إقراره بتقبله لم يكن محققا كتابة ٠ كما يرى أن استبعاد كل إمكانية لتطبيق التسلم الضمنى ،سوف يؤدى إلى كثير من التعسف (٦٣) .

كما يلاحظ أن بعض الفقه (٦٤) من الذين يشككون فى إمكانية الاحتفاظ بالقضاء السابق ،فى موضوع التسلم الضمنى فى ظل أحكام قانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨ ،لا يستبعدون مع ذلك إمكانية أن يعلن القاضى التسلم ،اعتبارا من تاريخ وضع اليد بدون تحفظات ،فى حالة الطعن - أو الدعوى - التعسفى لرب العمل ٠ فهذا القول فى النهاية ليس إلا قولا بإمكانية التسلم الضمنى الذى يستطيع القاضى أن يستخلصه من تعرف رب العمل (٦٥) .

وهكذا يذهب أنصار التسلم الضمنى إلى أن مشكلة التأثير المحتمل للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ على التسلم الضمنى ،هى مشكلة مختلقة ،وليس لها أساس من الصحة ،وعلى ذلك فإن القانون المذكور ليس من طبيعة تعوق القضاء السابق حول التسلم الضمنى عن الاستمرار (٦٦) .

(٦٢) أنظر بالإضافة إلى الأحكام المشار إليها فى هامش ٤٦ أعلاه نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ٧ من إبريل ١٩٧٦ بيلتان ٣ رقم ١٤٠ ص ١١٢٠ فى ١٧ من مارس ١٩٧٩ بلتان ١٩٧٩ - ٣ رقم ١١٠ ص ٨٢٠

(٦٣) كاريلا : المرجع السابق فصل ٤ ص ١٨٠

(٦٤) مالنفورجستاز : المرجع السابق بند ٧٥ ص ٩٢

(٦٥) كاريلا : المرجع السابق ٠ فصل ٤ ص ١٦ ٠

(٦٦) كاريلا: المرجع السابق فصل ٤ ص ١٥ ، ١٦ ٠

وجهة نظرنا فى المسألة :

ونحن من جانبنا ،أميل إلى تأييد الرأى القائل بوجود التسلم الضمنى ،وسندنا فىذلك بالإضافة الى ما أورده أنصاره ما يأتى :

١) أن العمل كان مضطردا فى ظل القانونين السابقين ،ولمدة تناهز القرنين ،على شرعية التسلم الضمنى ،وذلك طبقا للقواعد العامة ،التى تقره باعتباره. تعبيرا عن إرادة فاعله ،والتعبير عن الإرادة ،كما يكون صريحا يمكن أن يكون ضمينا ،ولو أراد المشرع العدول عن هذا الوضع المستقر رَدَحا طويلا من الزمن ،لصرح بذلك خصوصا وأنه كان فى موضع البيان .

٢) أما عن ظرف الحضورية الذى تطلبه المشرع الفرنسى ،فى الفقرة الأولى من المادة ٦/١٧٩٢ سالفة الذكر ،فإننا نرى أن المشرع هدف من ذلك إلى إقامة التوازن مابين مصلحة كل من المقاول ، ورب العمل . فكما أن المشرع أجاز لرب العمل أن ينتدب معه المهندس المعمارى أو غيره من الفنيين ، ليستنير برأيهم ويعمد إلى مشورتهم ،فى عملية التسلم ،فكذلك تطلب أن يتم التسلم حضوريا كى يكون المقاول موجودا أثناء عملية التسلم ،حتى يستطيع - فى حينه - تبرير بعض الملاحظات ،التى قد يثيرها رب العمل ومن معه، أو يستجيب مباشرة لبعض التحفظات التى يبدونها ،أو يقول رأيه فيها ، وهكذا يوضح كل من الأطراف - وعلى أرض الواقع - رأيه فيما يبدى أمامه من أقوال أو ملاحظات أو تحفظات ،وفى هذا مافيه من كسب للوقت وتبسيط للجهد ،وفى الغالب ما ينتهى الأمر بحلول وديه يرتضيها الجميع .

ويذهب بعض الفقه فى فرنسا ،بحق ،إلى أن الحضورية التى عناها المشرع هنا ،ليس هى الحضورية الفعليه ،وإنما هى الحضورية

القانونية ،بمفهومها فى قانون المرافعات . فالمشرع الفرنسى لم يتطلب ضرورة حضور المقاول شخصيا ،أو ضرورة حضور من يمثله قانونا وإنما مجرد أن تتم العملية حضوريا ،وهذا يكفى فيه أن يكون المقاول عالما - بأى طريقة من طرق العلم - بميعاد التسلم ،ليحضر بنفسه ،أو ليكلف من يحضر عنه ،فإذا لم يحضر ،ولم يكلف من يحضر عنه ،تمت عملية التسلم . واعتبرت بذلك حضورية . والقول بغير ذلك،سوف يعرض رب العمل لتعسف المقاول وعنته ،عند تعارض مصلحته فى التسلم،مع مصلحة المقاول فى عدمه .

ثم إذا كنا قد انتهينا سابقا إلى أن هذا الظرف قد تقرر لمصلحة المقاول ،أفليس لهذا - باعتباره صاحب المصلحة فيه - أن يتنازل عنه ،ويقر التسلم الضمنى إذا قدر أن ذلك فى صالحه - وهذا مايحدث غالبا - خصوصا وأننا سبق أن انتهينا إلى أن أحكام التسلم ليست من النظام العام .

كذلك،ما المانع أن يتم التسلم الضمنى متى كان دون تحفظات وما الذى يضير المقاول فى ذلك ،فإن تسلم رب العمل للعمل تسلما ضمنيا ،ودون تحفظات يعتبر تنازلا من هذا الأخير عن كل ما سيكون بالعمل من عيوب ظاهرة ،سواء فى التنفيذ أو المطابقة ،ولايصير المقاول مسئولا بعد ذلك ،إلا عن العيوب الخفية ،وهذا أمر بدهى لا يفيده فيه حضوره ،كما لايضره فيه غيابه .

***

الفرع الثالث

طرق التسلم

بعد أن بينا فى الفرع السابق الشكل الذى يمكن أن يتم فيه التسلم، سواء أكان صريحا - رضائيا أو قضائيا - أو ضمنيا، نعرض فى هذا الفرع، لبيان الطرق المختلفة، التى يمكن أن يجرى فيها التسلم . وهذه الطرق، يمكن أن تتأثر بعامل الزمن فيجرى التسلم مرة واحدة، أخذا بمبدأ وحدة التسلم، أو على مرتين أخذا بمبدأ ازدواجية التسلم، حيث يتم مؤقتا أولا ثم نهائيا ثانيا . كما يمكن أن تتأثر بعامل الكم، فيكون التسلم كليا أو جزئيا .

وعلى ذلك، فإننا نرى - تسهيلا للعرض - دراسة هذه الطرق الأربع فى مطلبين مستقلين: نخصص الأول، للتسلم المؤقت والنهائى، ونجعل الثانى للتسلم الكلى والجزئى .

المطلب الأول

التسلم المؤقت والتسلم النهائى

نعرض لتعريفهما أولا ثم لما جرى عليه العمل فى كل من مصر وفرنسا ثانيا .

أولا) تعريف كل من التسلم المؤقت والتسلم النهائى .

١) تعريف التسلم المؤقت

هو إفصاح رب العمل عن إرادته فى تقبل العمل، بصفة مؤقتة

حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التى يضمنها رب العمل محضرالتسليم والتسلم • وذلك بإصلاح كل العيوب وإكمال كل النقائص وإزالة كل الشوائب التى أدت إلى تقرير هذه التحفظات • وذلك فى المدة التى يتفق عليها ،أو المدة المقعولة ،طبقا للعرف الجارى فى المهنة، وهذا التسلم لايبرئ ذمة المقاول من التزاماته التعاقديه - طبقا للقواعد العامة - قبل رب العمل [1] والتسلم المؤقت هذالايكون إلا عند الأخذ بمبدأ ازدواجية التسلم •

٢) تعريف التسلم النهائى

بمجرد الانتهاء من الإصلاحات التى اقتضتها التحفظات التى قررها رب العمل فى محضر التسليم والتسلم المؤقت بتنفيذها التنفيذ المرض- سواء كانت المدة قد انتهت أم لا - يقر رب العمل بتسلمه العمل وتقبله ،وذلك بصفة نهائية ،ويثبت ذلك فى محضر التسليم والتسلم،الذى يحرر بمناسبة التسلم النهائى، [2] وهنا يبرز فرضان:

الأول) أن إتمام هذه الإصلاحات قد تمقبل انتهاء المدة أومع انتهائها ،وهنا تبرأ ذمة المقاول تجاه رب العمل من كل العيوب الظاهرة أثناء عملية التسلم ،ولكنها لا تبرأمن العيوب الخفية التى قد تظهر بعد انتهاء هذه المدة [3].

---

(١) أنظر تعليق بلانكييل : على استئناف ليون فى ١٥ من يناير ١٩٧٤ • جازيت دى باليه ١٩٧٤ - ٢ ص ٧٠٢ الذى يذهب فيه إلى أن تعبير تسلم مؤقت تعبير معيب ،ويرى أن التسلم لايمكن ،أن يكون أبدا شيئا آخر غير إقرار الأعمال وقبولها عندما يتم بدون تحفظات - وانظر أيضا تعليق بوبلى على نقض فرنسى فى ٢٠أكتوبر ١٩٧٨ المجلة الفصيلية للقانون العقارى ،١٩٧٩- ٣ ص ٣٤١ •كاريلا : المرجع السابق ،فصل F ص ٢٠ •

أ• برابانت : " A. BRABANT " عقد البناء الدولى"

بروكسل ١٩٨١ ص ٣١٨ : ٣٤١ وما بعدها ،

٢) كاريلا الهامش السابق •أ• برابانت : المرجع السابق بند ٣١٩

٣) انظر ،فيما بعد،المبحث الخاص بآثار التسلم ص ٢٧٢ : ٢٧٥ •

الثاني : أما إذا كانت المدة قد انتهت والإصلاحات لم تتم، فإن التسلم النهائي لا يتم ،ويبقى مكان العمل مفتوحا قانونا، حتى يتم الإصلاح المطلوب بمعرفة المقاول نفسه ،بعد الاتفاق على إطالة المدة بين الأطراف ،أو على نفقته وتحت مسئوليته بمعرفة مقاول آخر (٤).

والتسلم النهائي لابد من تمامه سواء أخذ بمبدأ وحدة التسلم بحيث لايسبقه تسلم مؤقت أو الأخذ بمبدأ ازدواجية التسلم فيكون مسبوقا به .

ثانيا) ما جرى عليه العمل في كل من مصر وفرنسا .

١) في مصر

لم تنظم طريقة تسلم العمل في مصر - من حيث الأخذ بمبدأ ازدواجية التسلم أو وحدته - نصوص تشريعية ،أو لائحية ،وإنما الأمر متروك لرغبات الأطراف ،وإراداتهم ينظمونه على الوجه الذي يرونه محققا لمصلحتهم ،وإن كان العمل ،في الغالب ،قد جرى على أن يتم التسلم أخذا بمبدأ الازدواجية فيه ،فيتم أولا بصفة مؤقتة على الوضع الذي بيناه قبل قليل ،ثم بعد ذلك يصبح التسلم نهائيا بتنفيذ كافة الإصلاحات ،وإزالة كل النقائص أو الشوائب التي قامت بالعمل ، التي كانت موضوعا للتحفظات التي تضمنها محضر التسليم والتسلم المؤقت ،تنفيذا مرضيا لرب العمل .

٢) في فرنسا

أما في فرنسا ،فقد كان الوضع يجري على الأخذ بمبدأ ازدواجية

---

(٤) كاريلا : المرجع السابق . فصل F ص ٢٢ .

التسلم فى صفقات القانون العام أولا ،ثم تعدى ذلك إلى صفقات القانون الخاص ،وذلك بمقتضى "Norme AFNOR P.03, 001 de fév 1948.(٥)

ثم بدأ الأمر يتطور نحو الأخذ بنظام وحدة التسلم ،وتم ذلك أولا عن طريق Norme AFNOR P.03 ,011 de mai 1966 ثم تلته المادتان ٨و٩ من مرسوم ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧،الصادر بتطبيق قانون ٣ يناير سنة ١٩٦٧. ثم تلا هذا المرسوم Norme AFNOR P.03 . 001 de nov. 1972 (٦)وهكذا حتى صدر القانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ الذى قنن هذا التطبيق العملى ،فنص فى المادة ٦/١٧٩٢ فقرة ١ منه على أن " التسلم يتم سواء مع أو بدون تحفظات (٧).

ويكاد يجمع الفقه الفرنسى الآن ،بعد صدور هذا القانون ،على أنه قد كرس - بتعريفه التسلم على هذا الوجه - مبدأ وحدة التسلم فوضع بذلك حدا للعمل بمبدأ ازدواجية التسلم (٨).

---

(٥) بيجو : المرجع السابق . ص ١٤٣ ،بوبلى : المرجع السابق بند ٢٢٠ ص ١٣٥ وما بعدها .

(٦) انظر بالإضافة إلى المرجعين المشار إليهما فى الهامش السابق ،وفى ذات المواضع ،مونتميرل : مقاله السابق ---- le cahier M.T.P 3 mars 1973 P. 16.

(٧) L'Art .1792 6 ali 1er (L.78-12, 4 jan.2978)" La réception est L'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve"

(٨) بيجو : هامش ٥ أعلاه ،كاستو : المرجع السابق بند ٦٦٨ ص ٢٩٢ وما بعدها ،مدام مارى رينو المقال السابق بند ٣٩ ص ١٢٨. مونتميرل : مقاله هامش ٦ أعلاه .

إلا أن هناك رأيا يذهب إلى أنه من التهور كما أنه من الخطأ القول بأن قانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨ قد أنهى العمل بمبدأ أردواجيه التسلم (٩).

ذلك أن القانون قد أنشأ ما يسمى بضمان تمام الإنجاز (١٠) " la garantie de parfait achevement " ومقتضى هذا الضمان ،أن المقاول يلتزم بالإصلاح العينى ،ليس فقط ،لكل مايظهر فى العمل من عيوب أثناء التسلم ،وإنما أيضا ما يظهر فيه من تلك العيوب بعد التسلم ولمدة سنة تالية عليه . وفى نهاية هذه المدة ،يأتى رب العمل يعاينه ويفحص ماتم إصلاحه مما كان موضوعا للتحفظات ،فإن ارتضى الإصلاح ،أقر العمل وتقبله بصفة نهائية وتسرى آثار التسلم اعتبارامن التاريخ الذى تم فيه أولا ،وليس من التاريخ الذى تمت فيه الإصلاحات وأقرها رب العمل ،وبذلك يكون القانون - فى نظر صاحب هذا الرأى - قد تضمن فيما بين أسطره الأخذ بمبدأ ازدواجية التسلم .

وفى رأينا فان الوضع ،بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨ ،وتعريفه التسلم على هذا الوجه ،لايختلف كثيرا فى نطاق القانون الخاص (١١) ،عما جرى عليه العمل من قبل من الأخذ بمبدأ ازدواجية التسلم ،ذلك أن العمل قد جرى فى ظل هذا المبدأ على اعتبار تاريخ التسلم ،هو تاريخ التسلم المؤقت ،وليس تاريخ التسلم النهائى ،بمعنى أن آثار التسلم تسرى بأثر رجعى منذ تاريخ ذلك التسلم المؤقت (١٢). وعلى ذلك فان مدة المسئولية العشرية أو

(٩) بوبلى :المرجع السابق :بند ٢٢٢ ص١٣٧

(١٠) انظر فى ضمان تمام الإنجاز مالنفو وجستار : المقال السابق بند ١٢ وما بعده ،كاريلا : المرجع السابق ،فصل G ،بوبلى المرجع السابق . بند ٢٦٧ - ٢٩٥ ص ١٦٦ - ١٨٩ .

(١١) حيث إنه فى نطاق القانون العام ،فان تاريخ التسلم هو تاريخ التسلم النهائى (كاريلا : المرجع السابق فصل F ص ١٩ مودرن : المقال السابق . ص ١٩ وما بعدها .

(١٢) كاستو : المرجع السابق . بند ٦٨٤ ص ٢٩٧ ،كاريلا :المرجع السابق فصل F ص ١٩.

الثنائية تسرى من هذا التاريخ ،وليس من تاريخ التسلم النهائى ٠

المطلب الثانى

التسلم الكلى والتسلم الجزئى

يتم التسلم - متأثرا بعامل الكم - إما كليا ،فيتم مرة واحدة على كل العمل محل العقد ،وإما جزئيا ،على مراحل متتالية بحسب ما يتم إنجازه أولا بأول ٠

١) التسلم الكلى

يكون التسلم كليا - مؤقتا أم نهائيا - إذا انصب على كل العمل ،بعد تمام إنجازه ،ويتم هذا التسلم بصفة خاصة ،إذا كان العمل كل متكامل ،لايقبل التجزئة ،حيث لاسبيل أمام رب العمل إلا أن ينتظر تمام إنجازه كاملا حتى يتسنى له تسلمه ،وهنا يكون التسلم واحدا بتاريخ واحد ومحضر تسليم وتسلم واحد ٠

وكذلك ،إذا كان قد نص فى العقد على وجوب أن يتم التسلم مرة واحدة ،ولو كانت الأعمال تقبل التجزئة أوالانقسام بطبيعتها فلا يتم التسلم إذن إلا إذا أنجزت كل الأعمال محل المقاولة ،حتى وإن أنجزت بعض الأعمال الفرعيه منها ،وعلى ذلك فلا يلزم رب العمل بدفع باقى مبلغ المقاولة ،بناء على طلب أحد المقاولين الذى أنجز بعض الأعمال ،مما يعتبر جزءا مستقلا من المقاولة (١٣).

---

(١٣) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٣ من أكتوبر ١٩٨٠ ،وتعليق بوبلى عليه بالمجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٨١ - ٢ ص ٢٢٦ ٠ على أننا نرى أنه يلزم لذلك بداهة أن تكون المقاولة قد تمت بعقد واحد مع مقاول رئيسى ،وليس بعقود مقاولات مختلفة ،مع مقاولين متعددين ٠

٢) التسلم الجزئى

أما التسلم الجزئى : فمتصور جدا ، عندما يكون العمل قابلا للتجزئة ، إلى مجموعة من المراحل أو الهياكل ، بحيث يمكن تسلمه مرحلة تلو أخرى ، أو هيكلا بعد آخر ، حسب ما يتم إنجازه منه أولا بأول ، حسب طلب صاحب المصلحة فى ذلك ، كما لو كان العمل يتكون من مرحلة وضع الأساسات ، وتقوم به شركة متخصصة فى دق الأساسات الخرسانية ، ثم مرحلة الهياكل الخرسانية ، وتختص به شركة غير السابقة ، وهكذا بالنسبة لبناء الجدران والفواصل وأعمال البياض وأعمال النجارة إلى آخر ذلك من مراحل أو عمليات يمكن تقسيم العمل الكلى إليها .

وكذلك لو انصبت المقاولة ، على مجموعة من الأبنية أو مجموعة من الأعمال المختلفة المستقلة ، بعضها عن بعض ، بحيث يمكن تجزئة تسلمها ، بحسب ما تم إنجازه [١٤] منها ، شريطة أن ينتفى المانع القانونى أو الاتفاقى عن تجزئة التسلم .

ويلاحظ أنه فى هذه الحالة ، يكون تاريخ التسلم لكل مرحلة على حدة ، سواء أكان تسلما مؤقتا ، أم تسلما نهائيا ، حيث تتعدد تواريخ التسلم ومحاضره ، بحسب عدد المرات التى يتم فيها ، وأن مدد الضمانين العشرى منها والثنائى ، تبدأ فى السريان بالنسبة لكل مرحلة على حدة ، تبعا لتاريخ تسلمها . [١٥]

ولم يخرج العمل ، فى كل من مصر وفرنسا ، عن هذه القواعد العامة ، فكما يمكن أن يتم التسلم كليا يمكن كذلك أن يتم جزئيا

---

(١٤) بيجو : المرجع السابق ٠ ص ١٤٤ ، بوبلى : المرجع السابق ٠ بند ٢٢٣ ص ١٣٨ ٠

(١٥) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٥ من مايو ١٩٧٠ ٠ ببلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٣٠٤ ص ٢٢٢ ٠

تبعا لتمام إنجاز كل مرحلة على حدة .ويجوز للمقاول ،فى هذه الحالة ،أن يستوفى مقابل الجزء أو المرحلة التى يتم تسلمها (١٦)

***

---

(١٦) شنب : عقد المقاولة . بند ١٢٧ ص ١٥٣ ،السنهورى : الوسيط ج ٧ /١ بند ٨٤ ص ١٥١ وما بعدها ،عنبر المرجع السابق بند ١٧٩ ص ٢٣٠ . نقض مدنى مصرى فى ١٤ من ديسمبر ١٩٥٠ مج أحكام النقض س ٢ ق ٢٩ ص ١٥٣ .

وانظر أيضا فى الفقه الفرنسى : أوبرى ورو واسمان : ج ٥ ط ٦ بند ٣٧٤ ص ٤٠٣ ،بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٢٧ص ١٦٦

الفرع الرابع

زمان ومكان التسلم

لما كان التسلم هو الوجه الآخر لعملية التسليم والتسلم، إذ أن المقاول ملتزم بتسليم العمل بعد إنجازه ،ورب العمل ملتزم بتسلمه منه ،لذلك لزم - كقاعدة - تزامنهما ،ووحدة مكان تمامهما،

ولما كنا بصدد دراسة التسلم لا التسليم،تعين أن نبحث زمان ومكان التسلم كل فى مطلب خاص .

المطلب الأول

زمان التسلم

ألمعنا حالا إلى أن التسلم يتم - كقاعدة - متزامنا مع التسليم ،بمعنى أنه يتم والتسليم فى زمن واحد ،وإن كان المنطق يقتضى أن يكون تاليا مباشرة له فى الترتيب ،حيث إن التسلم لايتأتى إلا بعد إنجاز العمل مطابقا ،ووضعه تحت تصرف رب العمل وهذا هو التسليم . ليأتى دور رب العمل بعد ذلك فى التسلم .

ووقت التسليم والتسلم قد يتحدد اتفاقيا بين الأطراف وبالتالى يلتزم كل منهما بأن يباشر التزامه - سواء كان هو التسليم أم التسلم - فى ذات الوقت المتفق عليه وإلا تعرض للمسئولية العقدية - لإخلاله بالتزامه التعاقدى - التى لا تندفع عنه إلا باثباته السبب الأجنبى الذى حال بينه وبين التنفيذ فى الميعاد المضروب ،لأن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة وليس

التزاما ببذل عناية [١].

وقد لايكون الطرفان قد حددا ميعادا للتسليم والتسلم وإنما حددا موعدا للانتهاء من تنفيذ العمل ،فيجب أن يتم التسليم والتسلم فور هذا الانتهاء [٢].

ولكنقد يحدث أن لا يحدد الأطراف ميعادا للتسليم ولاموعدا لإنجاز العمل ،فيجب أن يتم التسليم والتسلم في موعد معقول يراعى في تحديده ظروف الحال ومتطلباته وما جرى عليه عرف التعامل [٣].

وعلى أية حال فطبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يجب على رب العمل أن يبادر إلى تنفيذ التزامه بالتسلم ،بمجرد أن يتم المقاول العمل ،ويضعه تحت تصرفه ،فيسارع إلى معاينته وفحصه في أقرب وقت مستطاع ،طبقا للمألوف في التعامل وأن يتسلمه في مدة وجيزة[٤]فإن لم يتسلمه ،رغم إنذاره بذلك أعتبر كما تقول المادة ٦٥٥ مدني مصري

---

(١) السنهوري : الوسيط ج ٧ /١ بند ٤٣ ص ٧٦ وما بعدها وفقرة ٥٠ ص ٨٩ وما بعدها .

(٢) شنب : المرجع السابق (عقد المقاولة) بند ٨١ ص ١٠٠ ،وانظر أيضا تعليق بوبلى على نقض فرنسى مدنى الدائرة الثالثة) في ٣ من أكتوبر ١٩٨٠ المجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٨١ - ٢ ص ٢٢٦ .

(٣) شنب : الهامش السابق وفقرة ١٢٧ ص ١٥٣ ، السنهورى: الموضع الثاني من الهامش رقم ١ أعلاه .

(٤) وذلك كما تقول المادة ٨٧٢ /١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الجديد . الأعمال التحضيرية ج ٥ صفحة ٣٣ وما بعدها . السنهورى : الوسيط : ج ٧ / ١ بند ٨٣ ص ١٥١ .

أن العمل قد سلم اليه [٥].

المطلب الثانى

مكان التسلم

كما يتم التسلم فى نفس وقت التسليم ،وإن شئنا الدقة فى القول ،تاليا مباشرة للتسليم ،فإنه يتم أيضا وبالضرورة فى ،ذات المكان الذى يتم فيه التسليم ،إذ الفرض هنا أن محل الالتزام بالتسليم والتسلم عقار ،من خصائصه الثبات والاستقرار على الأرض فلا يتصور الاتفاق على تسلمه فى مكان غير مكان وجوده [٦].

وهذا هو فعلا ما يحدث فى العمل فى كل من مصر وفرنسا ،حيث يخطر المقاول رب العمل بتمام إنجاز العمل ،فينتقل هذا الأخير - أو نائبه - سواء بنفسه أو مع مساعديه إلى مكان العمل ليقوم بمعاينته وفحصه ،للوقوف على مدى تنفيذه التنفيذ المطلوب ومدى مطابقته لما يقضى به الاتفاق وما تستلزمه القوانين واللوائح وعرف الصنعة [٧].

---

(٥) ولم تورد المادة ٦/١٧٩٢ مدنى فرنسى ، التى نظمت أحكام التسلم - مثل هذه القرينة ،ولكن جرى عليها العمل فى فرنسا طبقا للمادة : Art . 14,3,1,4 (norme A.F.N.O.R. P. 03, o11 de mai 1966, P. 03 001 de nov . 1972)
" La réception est considerée comme acquise à l'exepiration du délai susvisé de vingt jours"
أنظر كاريلا : المرجع السابق . فصل F ص ١٣

(٦) السنهورى : الوسيط . ج ٧ / ١ بند ٨٣ ص ١٥١ .

(٧) كاريلا : الهامش السابق رقم ٥ أعلاه وهامش ٥١ به .

الفـــرع الخامـــس
إثبـــات التسلـــم

الحقيقة أن مسألة إثبات التسلم بوجه عام ، سواء كان صريحا أم ضمنيا ، ترتبط ارتباطا وثيقا بطبيعته القانونية ، فإذا ما قيل: إن التسلم واقعة قانونية ، سهل أمر إثباته ، حيث يمكن ذلك بكافة طرق الإثبات ، ومنها البينة ، والقرائن ، أما إذا قيل بأن التسلم عمل قانوني ، خضع في إثباته لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة -[1] باعتباره تصرف قانوني غير مقدر القيمة - وذلك في غير المسائل التجارية ، ما لم يكن هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .[2]

وقد بينا فيما سبق أن التسلم إما أن يكون صريحا أو ضمنيا ، كما أوضحنا أن التسلم الصريح إما أن يكون رضائيا ، وإما أن يكون قضائيا .[3] ولاحاجة بنا إلى الكلام عن إثبات التسلم القضائي فهذا سيثبت بالحكم القضائي الصادر به أما حيث يكون التسلم رضائيا أو ضمنيا ، فهنا قد تقوم الحاجة بأحد أطرافه إلى إثباته ، حيث ينكره الطرف الآخر .

والتسلم الصريح الذي يتم رضائيا ، القاعدة فيه أن يتم كتابة بين الأطراف ، وأحيانا - وان كان هذا فرض نادر ولكنه متصور- يتم شفاهة ، إذا ما توافر قدر من الثقة بين أطرافه

---

(١) انظر في ذلك : إسماعيل غانم : محاضرات في النظريه العامة للحق . سابق ص ١٤٢ أخمد نشأت : رسالة الإثبات حـ١ ط١٩٧٢ دار الفكر العربي . بند ٥٣، ٥٤ ص ٩٩- ١٠٣ بوبلى : المرجع السابق بند ٢٢٥ ص ١٣٩ ، بند ٢٢٧ ص ٢٤١ .

(٢) م ٦٠ من قانون الإثبات المصري الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٦٨ (جريدة رسمية عدد رقم ٢٢ في ٣٠ مايو ١٩٦٨) . والمادة ١٣٤ من القانون المدني الفرنسي التي تستلزم الاثبات بالكتابه اذا جاوزت قيمة التصرف لقانوني ٥٠٠٠ فرنك فرنسي (بوبلى الهامش السابق ، السنهوري: الوسيط : جـ ٢/١ في الإثبات . بند ١٨٩ ص ٤٧٥)

(٣) راجع فيما سبق ص ٢١٤ وما بعدها .

فيتساوى بذلك - من حيث عدم وجود دليل مكتوب معد مقدما لإثباته - مع التسلم الضمنى .

وعلى ذلك ، فمن حيث الإثبات ، نكون بصدد نوعين من التسلم : تسلم مكتوب ، أى صب فى مضمون كتابى . ، وتسلم غير مكتوب ، وهو كما قلنا ، ما يتم شفاهة ، أو يكون ضمنيا ، على الوجه الذى بيناه سابقا ، الأمر الذى يحتم دراسة كل منهما فى مطلب مستقل .

المطلب الأول
إثبات التسلم المكتوب

القاعدة أن يكون الأطراف على قدر من التبصر ، وبعد النظر والتحوط للمستقبل ، فيدونوا كتابة كل ما يتم فى عملية التسليم والتسلم ، وهو ما يسمى بمحضر التسليم والتسلم .(٤) وهنا ليس ثمة مشكلة إثبات تثور بصدد التسلم . إذ أن الدليل الذى غالبا ما يتطلبه القانون ، قد أعد مسبقا ، وهو دليل مهيأ للإثبات ، ذو قوة مطلقة فيه ، لاسبيل إلى نكرانه - سيما إذا كان موثقا - إلابالطرق التى حددها القانون . (٥)
ولكن هل للكتابة هنا شكل معين تتم فيه ؟

الواقع أن القانون المدنى المصرى ، على غرار القانون المدنى الفرنسى ، لم يشترط شكلا معينا تتم فيه الكتابه ،(٦) فهو أمر

---

(٤) انظر فى أن كلا من الأطراف له مصلحة فى تحرير محضر التسليم و التسلم ، سواء فى ذلك : رب العمل ، أو المشرف عليه ، مدام مارى رينو المقال السابق بند ٤٤ ص ١٣٢ ، وفى أن محضر التسليم والتسلم هو الوسيلة الطبيعية لإثبات عملية التسلم ، وأنه لايلجأ القاضى إلى واقعة وضع اليد إلاعند عدم وجوده : استئناف ليون فى ١٥ من يناير ١٩٧٤ جازيت دى باليه ١٩٧٤ - ٢ ص ٧٠٤
(٥) أحمد نشأت : المرجع السابق : بند ١٦٩ ص ٢٤٩، بند ١٩٨ وما بعده ص ٢٨٥ وما بعدها ؛ السنهورى : الوسيط جـ٢/١ فى الإثبات ط٢ ١٩٨٢ بند ١١٠-١١٢ص٢٤٦-٢٦١ ،نقض مدنى مصرى فى ٥ مايو ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ رقم ١٢٩ ص ٧٩٣ .
(٦) شنب : عقد المقاولة، بند ١٢٧ ص ١٥٢ ، السنهورى : ==

متروك لإرادة الأطراف ، يصبونها فى الشكل الذى يرونه محققـــا لمصالحهم ، رسميا كان هذا الشكل أم عرفيا .

ولقد جرى العمل ، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، على تحرير محضر يسمى بمحضر التسليم والتسلم يوقعه الأطراف عادة (٧) ، يقر فيه رب العمل بأنه قد عاين العمل ، وفحصه فحصا تاما ، بنفسه أو بواسطة مساعديه من فنيين ومتخصصين ، وأنه وجده مطابقا لما هو متفق عليه ولما تقضى به القوانين واللوائح وعرف المهنـة . أو أن له عليه تحفظات هى : .... أو أنه وجد به عيوبـا جسيمة تحول دون تسلمه هى : .... فإذا لم يكن المقـاول حاضرا عمليه التسلم هذه ، ولم يوجد من يمثله قانونا ، وجب إخطاره بهذا المحضر حتى يتسنى له تنفيذ ما جاء به . (٨)

ولقد جرت العادة على أن يضمن الأطراف - من باب التزيـد - محضر التسليم والتسلم هذا ، شرطا عاما مقتضاه ، الاحتفـاظ بالحق فى الدعاوى الناشئة عن المواد ٦٥١ مدنى مصرى - فى مصر - ، ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى فى فرنسا بطبيعة الحال . (٩)

الوسيط ج ٧ بند ٨٤ ص ١٥١ وما بعدها ، عنبر : المرجع السابـق ص ٢٢٥ يوبلى : المرجع السابق . بند ٢٢٥ ص ١٣٩ ، كاريلا : المرجع السابق . فصل ٣ ص ١١ ، ليت - فو : المرجع السابق ص ٢٩٨ .

(٧) يذهب الفقه الغالب فى فرنسا - الذى يعتبر أن التسلم عمل قانونى صادر من إرادة منفردة هى إرادة رب العمل - إلى أن توقيع رب العمل فقط هو المعول عليه دون غيره ممن يشاركون فى عملية التسلم : كاستون : المرجع السابق بند ١٢٧ ص ١٨٢ ، مونتميـرل كاستون : المرجع السابق : بند ٦٤٣ ص ٢٨٣ ، مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٥ / ٢ ص ٧٩٢ هامـش ١٠ .

(٨) شنب : عقد المقاولة : بند ١٢٧ ص ١٥٢ ، كاريـلا : المرجع السابق فصل ٣ ص ١١ - ١٢ .

(٩) أنظر مثالا لمحضر تسليم وتسلم أورده الأساتذة مـازو وجيجلار بند ١٣٦٥ / ٢ ص ٧٩٢ هامش ١٠ (مذكور أعلاه)

المطلب الثاني
إثبات التسلم غير المكتوب

ألمعنا منذ قليل ، إلى أن إثبات التسلم - صريحا كان أم ضمنيا - يرتبط ارتباطا وثيقا بطبيعته القانونية ، وبينا أن التسلم المكتوب لا يكاد يثير مشكلة فى إثباته ، باعتبار أن الكتابة من أقوى طرق الإثبات ، فلها قوة مطلقة فيه ، بل وهى كذلك القاعدة فى المسائل المدنية .(١٠) قال تعالى فى كتابه العزيز: " يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"(١١)

وعلى ذلك ، فحيث يكون التسلم مكتوبا ، لاتقوم الحاجة إلى البحث فى طبيعته (١٢)، إذ الكتابة دليل إثبات مطلق ، فكما تصلح لإثبات التصرفات القانونية ، تصلح كذلك لإثبات الوقائع القانونية (١٣) . أما حيث يكون التسلم غير مكتوب ، بأن يكون صريحا تم شفاهة ، أو يكون ضمنيا ، فهنا تثور الحاجة إلى معرفة طبيعته ، كوسيلة للتعرف على طريقة إثباته .

ولقد سبق أن بينا فى بحثنا للطبيعة القانونية للتسلم ، أن الفقه الفرنسى قد ذهب فيها مذاهب ثلاث.(١٤) من قائل : بأنه اتفاق جديد ومستقل عن عقد المقاولة الأصلى (١٥)، إلى قائل بأن التسلم محض واقعة قانونية . (١٦) ولكن الفقه الغالب هناك على أنه عمل قانونى - وهو ما اعتمده المشرع الفرنسى فى المادة

---

(١٠) أحمد نشأت : المرجع السابق ،بند ٥٣ ص ١٠٠ وما بعدها ، السنهورى : الوسيط ، حـ٢ /١ "الإثبات" بند ٥٨ ص ١٢٢

(١١) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة .

(١٢) راجع المطلب السابق ص ٢٥٢ وما بعدها

(١٣) إسماعيل غانم / الهامش رقم ١ أعلاه، نعمان خليل: دروس فى المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٨ ص ٥٥٦ - ٥٦٥ .

(١٤) أنظر فيما سبق، ص ١٥٥ : ص ١٦٦ والمراجع المشار إليها بهوامشها .

(١٥) سوان رسالته السابقة حـ٢ ص٥٣٠.

(١٦) بوبلى : المرجع السابق : بند ٢٠٧ ص ١٢٤

١٧٩٢ /٦ فقرة١ المضافة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ الصادر في ١٩٧٨/١/٤-صادر من إرادة منفردة .(١٧)

فأما من قال : بأن التسلم محض واقعة قانونية ، فليس ثمة مشكلة إثبات تثور بالنسبة له ، إذ يستطيع إثباته بكافة طرق الإثبات ، بما في ذلك البينة والقرائن،(١٨) شأنه في ذلك شأن جميع الوقائع القانونية الأخرى ، حيث لم يتطلب المشرع لإثباتها طريقة معينة ، و لا اتباع مسلك خاص .(١٩)

أما القائلون بأن التسلم تصرف قانوني - سواء من جانبين، أو من جانب واحد- لزم لإثبات التسلم ، على قولهم ، أن يكون مكتوبا ، وذلك طبقا لقاعدة إثبات التصرف القانوني بالكتابة ، إذا جاوزت قميته حدا معينا .(٢٠) وحيث لا توجد الكتابة - كأن يكون التسلم قد تم صريحا شفاهة أو كان ضمنيا - ولا الاتفاق على خلاف مقتضى هذه القاعدة (٢١)، وأنكره من له المصلحة في نكرانه، فلا يبقى أمام المدعى به من سبيل سوى الاحتكام إلى ضمير خصمه ، بتوجيه اليمين الحاسمة إليه ، وهذا لا يملك إلا أن يقبل هذا الاحتكام ، وكما يقول الأستاذ الدكتور السنهوري في وسيطه (٢٢) وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون ، إلى الخصم الذي يعوزه

---

(١٧) أنظر، فيما سبق، من ص ١٦٤ إلى ص ١٦٦ بهوامشها

(١٨) بويلي : هامش ١٦ أعلاه .

(١٩) سليمان مرقس : موجز المدخل للعلوم القانونية : سابق بند ٣٥٣ ص ٣٩٧ نعمان خليل : هامش ١٣ أعلاه .

(٢٠) م ٦٠ من قانون الإثبات المصري : حيث حددت المبلغ بـ: ٢٠ جنيها مصريا ، وكذا المادة ١٣٤١ مدني فرنسي . والمبلغ محدد الآن طبقا للقانون الفرنسي بـ ٥٠٠٠ فرنك (انظر :بويلي : هامش ٩ أعلاة) .

(٢١) حيث إن القاعدة ليست من النظام العام كالغالب الأعم من قواعد الإثبات . سليمان مرقس : هامش ١٩ أعلاه السنهوري: الوسيط : حـ٢/ الإثبات (سابق) بند ٥٩ ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢٢) الهامش السابق ، بند ٢٦٧ ص ٦٧٦ ، أحمد نشأت : المرجع السابق . حـ٢ ط ٧ ١٩٧٣ بند ٥٣٥ ص ٧٥ .

الدليل ، بل هذه هى الكفارة التى يكفر بها القانون ، عن تشدده فى اقتضاء أدلة قضائية معينة لا يغنى عنها بديل "

وجهة نظرنا فى المسألة :

سبق أن انتهينا عند بحثنا لطبيعة التسلم أنه عمل قانونى مختلط(٢٣)، تختلط فيه عناصر مادية بعناصر إرادية ، كما أننا رتبنا على ذلك - عند دراستنا لتاريخ التسلم القضائى -(٢٤) نتيجتين هامتين : ثانيتهما : تتحصل فى تعطيل قاعدة إثبات التصرف القانونى بالكتابة بالنسبة للتسلم ، وأرجأنا مناقشة هذا الأمر إلى هذا الفرع من البحث ، باعتباره الفرع المتعلق بإثبات التسلم .

ونحن هنا نستطيع أن نقرر بأن التسلم يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة و القرائن ، ولا تقيده قاعدة الإثبات بالكتابة .(٢٥). سندنا فى ذلك أن التسلم ليس عملا قانونيا خالصا ، حتى يتقيد بقاعدة الإثبات بالكتابة ، بل هو مزيج من عناصر مادية ، وهى واقعة الاستيلاء أو وضع اليد على العقار، وعناصر إرادية ، وهى انصراف إرادة رب العمل إلى إحداث الآثار القانونية المترتبة على هذا المسلك وتقبلها . وأن هذا وضع ارتضاه رب العمل منذ التعاقد ، مقتضاه أن يقوم بتسلم العمل ، متى تم إنجازه مستوفيا لشروط ومواصفات الصفقة ، ولما يقضى به عرف المهنة ، ووضعه المقاول تحت تصرفه ليتسلمه ، فمتى ثبتت كل هذه الوقائع ، كان لا مندوحة من القول بقيام إرادة رب العمل فى التسلم ، وهذا أمر لم يفرضه عليه أحد وإنما هو ما ارتضاه واشترطه على نفسه

(٢٣) - أنظر فيما سبق من ص ١٧١ : ص ١٧٤ .

(٢٤) - أنظر فيما سبق من ص ٢٢٥ : ص ٢٣٠ .

(٢٥) بلانيول وريبير ورواست : حـ ١١ بند ٩٥٨ ص ٢٠٤ السنهورى: الوسيط حـ ١/٧ بند ٦٧ ص ١٢٣ .

بنفسه عند التعاقد ، وهو أيضا ما يقضى به مبدأ حسن النية فى تنفيذ الالتزامات التعاقدية .

فإذا ما أنكر أحد الأطراف قيام التسلم ، وكان هذا التسلم غير مكتوب ، فأثبت الطرف الآخر توافر الوقائع المادية المشترطة لقيامه - وهى وقائع مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات - من تنجيز للعمل على الصفة المشروطة أو المتعارفة ،(٢٦) ووضعه تحت تصرف رب العمل ليتسلمه (٢٧) ، كان للقاضى أن يقضى بحدوث التسلم (٢٨) . كذلك يستطيع أن يقرر التسلم متى ثبت لديه بكافة الطرق أن رب العمل قد استولى عليه بعد تمام إنجازه ، أو وضع يده عليه بقصد تسلمه ، أو أجره للغير ، أو سوى الحسابات الختامية بينه وبين المقاول إلى غير ذلك من القرائن التى يستطيع أن يستدل بها القاضى على حدوث التسلم ، ونستطيع أن نقرر أن هذا هو مذهب القضاء الفرنسى المستقر فى هذا الخصوص (٢٩)

أما عندنا فى مصر ، فقد سبق أن بينا (٣٠) أن المشرع المصرى لم يعرف التسلم على وجه معين ، كما فعل المشرع الفرنسى فى المادة ٦/١٧٩٢ فقرة أولى منها المستحدثه بالقانون رقم ١٢

---

(٢٦) إذا كان طالب التسلم هو رب العمل ، أو غيره ممن له مصلحة فيه من غير المقاول .

(٢٧) إذا كان طالب التسلم هو المقاول أو غيره ممن له مصلحة فيه من غير رب العمل .

(٢٨) طبقا للمادة: Art. 14,3 , 1, 4 de normes A.F.N.O.R P. 03,011 de mai 1966, P.03,001 de fév. 1972.

(٢٩) " La réception ne consiste pas seulement dans la livraison de l'ouvrage mais aussi dans l'approbation par le maître de l'ouvrage du travail exécuté"

نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى) فى ٨ من أكتوبر ١٩٧٤ بيلتان ٣ رقم ٣٣٧ ص ٢٥٨ س تولوز فى ١٠ من يونيو ١٩٧٥ - غير منشور - مشار إليه فى بحث مدام مارى رينو بند ١٩ ص ١١٣ وانظر أيضا س بارليس فى ٢٦ من فبراير ١٩٨١ جازيت دى باليه ١٩٨١ -٢ ص٨٧٦ وتعليق كاستون.

(٣٠) أنظر ، فيما سبق ، ص١٤٠ .

لسنه ١٩٧٨ ، حتى نستطيع أن نتوصل به إلى معرفة طبيعتـه القانونية ، كما بينا كذلك أن الفقه المصرى لم يقف فى تعريفه للتسلم عند العنصر المادى منه فقط ، وهو واقعه الاستيلاء أو وضع اليد على الشىء الذى تم إنجازه ، وإنما تطلب عنصرا آخر ، وهو عنصر الإرادة متمثلا فى تقبل العمل وإقراره .[٣١] واستطعنا أن نخلص من ذلك إلى أن الفقه المصرى يعتبر التسلم عملا قانونيا مختلطا ، وليس مجرد واقعه قانونية [٣٢]. ولم تكد تخرج وجهة نظرنا فى هذه الخصوصية ، عما استخلصناه من موقف للفقه المصرى[٣٣]

كما سبق وأن قررنا هذا أيضا ، عند بحثنا لتاريخ التسلم القضائى ، [٣٤] بينا أن أهم ما يترتب على هذا القول أمران: ثانيهما إمكان إثبات التسلم بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن . وسندنا فى ذلك أن المشرع المصرى قض فى المادة ٦٥٥ مدنى بأنه " متى أتم المقاول العمل ، ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن ، بحسب الجارى فى المعاملات،فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ، اعتبر أن العمل قد سلم إليه " .

ومقتضى ذلك أن المشرع المصرى أقام قرينة قانونية مقتضاها أن رب العمل يعتبر أنه قد تسلم العمل ، متى نفذ مطابقا ، ووضع تحت تصرفة لتسلمه . ممايشير إلى أن التسلم فى نظر المشرع المصرى ليس عملا قانونيا خالصا وإنما هو عمل قانونى مختلط،بما يتفق وما سبق أن استخلصناه،من موقف الفقه المصرى كما بينا حالا .

هذا إذا كان طالب التسلم هو المقاول ، أما إذا كان طالب التسلم هو رب العمل ـ كأن كان ميعاد التسلم قد انقضى ـ

(٣١) أنظر ، فيما سبق ، ص ١٤١

(٣٢) أنظر الهامش السابق .

(٣٣) أنظر ، فيما سبق ، من ص ١٥٠ : ١٥٢

(٣٤) أنظر ، فيما سبق ، ص ٢٢٨ .

فيكفيه أن يطلب ذلك من المقاول بإنذار رسمى،وخلال مدة يحددها له ، فإن لم يقم هذا الأخير بتسليم العمل له خلال هذه المدة، كان له أن يلجأ إلى القضاء لتحقيق مطلبه وذلك طبقا للقواعد العامة فى هذا الخصوص .

المبحث الثالث
آثار التسلم

فى هذا المبحث الأخير من هذا الفصل ، نبين الآثار التى يمكن أن تترتب على التسلم ؛[1] ذلك أن التسلم ، فى تقديرنا ، ذو أهمية بالغة ،[2] ويستمد أهميته هذه مما يترتب عليه من آثار هامة ومتنوعة فى عقد المقاولة تكاد تكون جميعها فى صالح المقاول - لذلك قلنا ، آنفا ، أنه صاحب المصلحة الأظهر فى طلب التسلم [3] - فمن هذه الآثار ما يتعلق باستحقاق الباقى من الأجر ، كما أن ، منها ما يتكفل بنقل عبء تبعة العمل من كاهل إلى آخر ، كذلك فإن منها ما يتعلق بالضمانات .[4]

وزيادة فى الإيضاح ، وتوخيا للقصد ، نعرض لكل أثر من هذه الآثار فى فرع خاص ، علنا نبلغ بذلك المراد .

---

(١) نقصد بالتسلم هنا ، التسلم بعنصريه المادى والإرادى

(٢) وليس كما ذهب البعض - الذى اقتصر فى التسلم على العنصر المادى منه فقط - من أن التسلم مجرد واقعة مادية لاتكاد تترتب عليها من آثار سوى تلك التى يرتبها القانون (بوبلس المرجع السابق بند ٢٠٨ ص ١٢٤ وما بعدها ، وانظر عرضنا لهذا الرأى من ص ١٥٧ : ص ١٦٤ فيما سبق ، وانظر أيضا كاستون: مقاله السابق : " تسلم الأعمال الخاصة " ص ٧٩٧ .

(٣) انظر ، فيما سبق ، ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٤) وهناك أثر آخر وهام للتسلم ، وهو انتقال ملكية الشئ المصنوع من المقاول إلى رب العمل إلا أن هذا الأثر يترتب على التسلم فى غير عقد مقاولة المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى ، أما فى هذا العقد والذى يدخل فى نطاقه مجال دراستنا ، فإن ، المواد التى يقدمها المقاول لإقامة البناء وتشييد المنشآت الثابت تنتقل ملكيتها إلى رب العمل أولا بأول بطريق الالتصاق بمجرد اندماجها فى البناء ودخولها فى هيكله ، وذلك طبقا لقاعدة " ما يبنى على الأرض يتبعها .

الفـــــرع الأول
استحقاق الباقى من الأجـــر

من المعلوم أن الأجر ركن من أركان عقد المقاولة ، كما وأن دفع هذا الأجر من الالتزامات الأساسية على رب العمل، لا تبرأ ذمته منه ، إلا بأدائه بتمامه ، فى الزمان والمكان المحددين، اتفاقاً أو قضاء . إلا أننا لا نعرض هنا للأجر كركن من أركان عقد المقاولة ، ولا لدفع الأجر كالتزام من التزامات رب العمل لخروج ذلك عن نطاق البحث ، ولكننا نعرض هنا فقط لمسألة وجوب دفع الباقى المستحق من الأجر ، باعتباره أثرا من آثار التسلم .

وعلى ذلك ، فإن دفع الجزء الباقى المستحق من الأجر عند التسلم هو جزء من الالتزام بدفع الأجر ذاته ،[1] تأخر حتى تمام التسلم ، أى حتى تقبل رب العمل للعمل ، وإقراره بأنه قد تم مطابقا لشروط الصفقة وقواعد الفن فبتمام التسلم على هذا الوجه، يستحق الباقى من الأجر ، كما يسقط حق رب العمل فى حبسه .

والأصل، أن عقد مقاولة المبانى من العقود كبيرة القيمة، عادة ، التى جرى العمل فيها على أن يدفع رب العمل جزءاً من الأجر مقدما قبل البدء فى العمل ،[2] بينما يقسم الباقى من الأجر على أقساط أو على دفعات تحت الحساب ، بحسب ما مر من الزمن، أو ما تم انجازه من العمل ،[3] على أن يقيد كل ما دفع من أقساط أو دفعات تحت الحساب ، فى حساب مؤقت ، وعند انتهاء العمل وتنجيزه تتم تصفية الحساب ، بين المقاول، ورب العمل أو المهندس

---

(١) ولذلك يسرى عليه ما يسرى على الأجر من أحكام ، من حيث كيفية الوفاء به وزمان الوفاء ومكانه ، والدائن والمدين به ، وحق الامتياز طبقا للمادة ١١٤٨ مدنى مصرى (لبيب شنب : عقد المقاولة بند ١٤٨ ص ١٧٩ وما بعدها)

(٢) بلانيول وريبير ورواست : جـ١١ بند ٩٣٢ ص ١٧١، السنهورى الوسيط جـ٧/١ بند ١٣٢ ص ١٩٧ وما بعدها .

(٣) لبيب شنب : عقد المقاولة بند ١٣٠ ص ١٥٥ ، السنهورى ف الهامش السابق .

المعماري ، في عملية حسابية نهائية ، بحيث يخصم كل ما سبق دفعه من أقساط أو دفعات تحت الحساب من أصل مبلغ المقاولة ، الذي سبق وأن تم التراضي بين أطراف العقد على مقداره ، أو حتى على أساس تقديره ، أو بالتطبيق لنص المادة ٦٥٩ مدني مصري.(٤) وكل هذا يتم طبقا للقواعد العامة في هذا الشأن.(٥)

عملية المحاسبة النهائية هذه أو الحساب الختامي للعملية كما يسمونه عادة ، تسفر ، في الغالب ، عن وجود مبلغ متبقٍ طرف رب العمل ، لمّا يدفعه للمقاول بعد ، هذا المبلغ المتبقي هو الذي يصير مستحقا وحال الأداء - كقاعدة - بتمام عملية التسلم وكأثر آثارها .(٦)

وهذه المحاسبة النهائية قد تتم بين المقاول ورب العمل ، كما قد يباشرها المهندس المعماري ، أو غيره ، نيابة عنه ، ولا صعوبة تثور حيث يقوم رب العمل بمراجعة حسابات المقاول ودفاتره واعتمادها ، وإجراء ما يلزم من مقاصة فيما تسفر عنه وبين ما قد سبق دفعه ، ودفع المتبقي عن هذه العملية في ذمته للمقاول ، أو لغيره من أصحاب الحق فيه .(٧)

أما إذا باشر هذه المهام المهندس المعماري ، أو غيره ، بدلا من رب العمل ، فهنا يثور التساؤل عن مدى التزام رب العمل بالتسوية التي يجريها المهندس المعماري أو غيره ، مع المقاول.

---

(٤) التي تقضي بأنه " إذا لم يحدد الأجر سلفا ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ، ونفقات المقاول " .

(٥) انظر السنهوري : الوسيط حـ ٧ /١ ص ١٩٨ هامش ٣ بها

(٦) وهذا هو ما تقضي به المادة ٦٥٦ مدني مصري التي تنص على أنه " يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك "

(٧) انظر هامش رقم ١ أعلاه .

يذهب كل من الفقه [(٨)] والقضاء [(٨)م] فى كل من مصر وفرنسا إلى أن التسوية الختامية التى يجريها المهندس المعمارى أو غيره ، مع المقاول ، ليست ملزمه لرب العمل ، حيث أن لهذا الأخير السلطة المطلقة فى أن يقرها ، أو لا يقرها ، حسبما يراه متمشيا مع مصالحه محققا لاهدافه ، فهى لا تعتبر بالنسبة له إلا مجرد مشورة أو وجهة نظر من قبل المهندس المعمارى ، أوغيره أبداها له . هذا إلا إذا كان رب العمل قد وكل ، صراحه أو ضمنا المهندس المعمارى ، أو غيره ، فى إجرائها ، وقام بها هذا الأخير بناء على هذه الوكالة وفى حدودها ، غير خارج عنها أو متجاوز لها .

ونحن من جانبنا نؤيد هذا القول ، ذلك أنه وإن كان إعداد التسوية الختامية فى حد ذاته عملا من أعمال الإدارة مما

---

(٨) انظر من الفقه : محمد كامل مرسى : العقود المسماة ج ٤ ، بند ٥٧١ ص ٤٧٧ ، لبيب شنب : عقد المقاولة بند ٢٦ ص ٣٥ وما بعدها ، السنهورى : الوسيط ج٧/١ بند ٥ ص ٢٢ وهامش ٣ بها وانظر من الفقه الفرنسى : مينيفيل : دالوز الدورى ١٩٢٧ -١ص٧٧ بلانيول وريبير ورواست . ج١١ بند ٩١٠ ص١٤٤ ، مونتميرل وكاستون المرجع السابق بند ٧٦٩ وما بعده ص ٣٢٥ وما بعدها . كاستون مقاله السابق (تسلم الاعمال الخاصة " ص ٨٠٠ .

(٨)م نقض مدنى فرنسى : فى ٢٨ من يوليو ١٩٢٧ : المجلة Rev. jur. et fisc. entre. 1929 P.7 القانونية والمالية للمشروع وفى ٩ من يناير ١٩٢٨ نفس الموضع ١٩٢٨ ص ١٦٤ ، جازيت دى باليه ١٩٢٨ -٢ ص ١٨٠ ، سيرى ١٩٢٨ - ١ - ٨٧ ، فى ٦ من يوليو ١٩٣٢ نفس الموضع ١٩٣٢ ص ٣٣٢ . فى ٢٨ من ابريل ١٩٢٨ المجله القانونيه والماليه للمشروع ١٩٢٨ ص ٣٣٠ من كان فى ٢١ من نوفمبر ١٩٢٨ ، مجموعة روان ١٩٢٩ - ١ - ٤٨ المجلة القانونية والمالية للمشروع ١٩٢٩ص ٦ ، س باريس فى ٣٠ من أكتوبر ١٩٣٠ جازيف دى باليه ١٩٣٠ - ٢ - ٩١٩س سانت اتيان فى ٦ من نوفمبر ١٩٣١ جازيف دى باليه ١٩٣٢ -١-٢٦٨ باريس الجزئية المدنية فى ١٨ من مايو ١٨٨٨ مجله الهندسه المعمارية ١٨٨٨ ص ٢٦ ، السين المدينة فى ١٧ من مارس ١٨٨٥ جازيف المهندسين المعماريين ١٨٨٨ ص ٨٦ مذكور فى مونتميرل وكاستو السابق ص ٣٢٥ هامش ١١ ، فرنساى فى ٨ من مايو ١٨٩٠ جازيت المحاكم ١١ يونيو ١٨٩٠ .

أحيانا فى سلطة المهندس المعمارى[٩] الا أن اعتماد ء لمهندس التسوية وافرارها هو عمل من أعمال التصرف لايتسنى للمهندس المعمارى أو غيره ،القيام به الابناء على توكيل صادر له من رب العمل باجرائه) .

وإثبات وجود الوكالة بين رب العمل ، والمهندس المعمارى أو غيره ، يقع على عاتق من يدعيه ، وهو فى الغالب المقاول، باعتباره المستفيد من هذا الإثبات[١٠] وله فى ذلك الاستعانة بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن ، طبقا للقواعد العامة فى الإثبات ، ولا يشترط فى الوكالة هنا ، أن تكون ناشئة عن اتفاق خاص وصريح ، فقد تكون وكالة ضمنية ، تستفاد من ظروف الحال وملابساته فيمكن أن تستنتج من إقرار رب العمل[١١]، أو من مدى السلطات المخولة للمهندس المعمارى ، أو غيره ، إذ أن من شأن ذلك أن ينشىء وضعا ظاهرا ، يوحى بوجود مثل هذه الوكالة .[١٢]

ولقاضى الموضوع السلطة المطلقة ، فى تقدير عما إذا كانت هناك وكالة ، قد أعطيت أم لا ،[١٣] وقد قضى بأن الوكالة لاتستنتج من أن المهندس المعمارى ، أو غيره ، كان قد كلف بإدارة

---

(٩) إذا كان قد سبط به إدارة المشروع والإشراف عليه .
(١٠) س ليل فى ١٢ من يونية ١٩٢٨ جازيت دى باليه ١٩٢٩- ٢ - ٦٤٥ .

(١١) س ليل : الهامش السابق ، س سانت اتيان فى ٦ من نوفمبر ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ٢ ص ٢٩٨ .

(١٢) نقض مدنى فرنسى فى ١٩ من إبريل ١٩٦٢ دالوز الأسبوعى ١٩٦٣ ص ١١ ، مبلتان ١ رقم ٢٠٢ ، فى ٨ من يناير ١٩٧٠ مبلتان ٣رقم ١٣، س باريس فى ٣٠ من أكتوبر ١٩٣٠ دالوز الدورى ١٩٣٢ -٢- ١٠٥ ، السين فى ٢١ من أكتوبر ١٩٦٣ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٧ ص ١٢٤ .

(١٣) نقض مدنى فرنسى فى ٣١ من مارس ١٩٣٩ جازيت دى باليه ١٩٣٩ - ٢ - ٩٥ ، سيرى ١٩٣٩ -١ -٢٠٣ ، وأن وجود الوكالة يمكن أن يستنتج من الاستعمال الذى يحيل إليه الأطراف . نقض مدنى فرنسى فى ١٩ من يناير ١٩٢٦ دالوز الدورى ١٩٢٦ ، ص٨٤ فى ٢٠ من يوليو ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧ - ٢ - ٦١١ .

ورقابة الأعمال .[١٤] أو بمراجعة البيانات أو الحسابات[١٥]، ولا من واقع أن عقد المقاولة يشترط بأن الدفع تحت الحساب ستكون مسلمة أثناء سريان المشروع على دفعات تقدم بواسطة المهندس المعماري .[١٦]

فإذا ما تم التسلم وأجريت التسوية الختامية للمشروع على الوجه الذى بيناه، وامتنع رب العمل عن الوفاء بالمستحق عليه دون مقتض ، كان مخلا بالتزامه التعاقدى بالوفاء بقيمة الأجر، وحق للمقاول ، أو غيره من المستحقين، طبقا للقواعد العامة ، أن يجبره على الوفاء بباقى الحساب[١٧]، سواء باستعمال الإكراه المالى ، أو بتوقيع الحجز على أمواله، وبيعها بالمزاد العلنى، وتقاضى المستحق منها، طبقا للقواعد العامة فى هذا الخصوص.[١٨] وإذا كان رب العمل لم يتسلم العمل تسلما فعليا بعد،[١٩] بأن كان لم يستدل عليه ماديا بعد ، حق للمقاول أن يستولى على العمل من جديد، ويحبسه عن رب العمل حتى يجبره بذلك على الوفاء .

---

(١٤) نقض مدنى فرنسى فى ٣ من نوفمبر ١٩٢٦ دالوز الدورى ١٩٢٧ - ٧٧ ويقرر بأن الإدارة ومراقبة الأعمال والسهر عليها منصوص عنها على وجه الخصوص فى مرسوم ٢٤ سبتمبر ١٩٤١ الصادر بالتزامات المهندس المعمارى .

(١٥) نقض مدنى فى ١٩ من ديسمبر ١٩٢٨ المجلة القانونية والمالية للمشروع ١٩٢٩ ص ٧٠، س باريس فى ١١ من مايو ١٩٣٩ دالوز الدورى ١٩٣٩ ص ٣٩٤ ونقض .

(١٦) إبينال فى ٦ من يناير ١٩٣٧ المجلة القانونية والمالية للمشروع ١٩٣٨ ص ٥٠ .

(١٧) كاستون: تعليق على س روان فى ٢ من يوليو ١٩٦٨ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ ص ١٣٥ .

(١٨) شنب : عقد المقاولة . بند ١٣٠ ص ١٢٧ السنهورى: الوسيط جـ٧/١ البنود من ١١٤ - ١١٦ ص ٢٠٢ - ٢٠٦ .

(١٩) إذ من الممكن - كما قلنا سابقا ص ١٥١ : ١٥٢ - أن التقبل يمكن أن يسبق وضع اليد الفعلى على العمل .

الفـــــرع الثانى
نقـــل عـــبء تبعة العقـــــار

من الآثار التى تترتب على التسلم أيضا ،نقل عبء تبعة العقار الذى تم تشييده ، وتبعة العقار قد تكون تبعة هلاك ، وقد تكون تبعة حراسة . وعلى ذلك نعرض لكل فى مطلب خاص .

المطلـــــــــب الأول
نقـــل عـــبء تبعـــة الهـــلاك

بمجرد تمام التسلم صحيحا ، مستوفيا شرائطه القانونيـــة، على النحو الذى بيناه سلفا ،[(١)] تنتقل معه تبعة هلاك العقـــار، بسبب أجنبى،من المقاول إلى رب العمل ، باعتباره مالكا للعقـــار، والقاعدة أن الشئ يهلك على مالكه ،[(٢)] فإذا ماحدث تلف أو تهدم للعقار بعد تسلمه ، وذلك بخطأ من رب العمل ، أو بسبب أجنبـــى، تحمل رب العمل تبعة هذا التلف أو التهدم ، بحيث لا يكون له حق الرجوع على المقاول بشئ ، ويظل كذلك ملتزما بدفع ماتبقى مـــن أجر المقاولة ، إن لم يكن قد أو فاه بعد ، فإن كان قد دفعـــه فعلا ، فلا يجوز له استرداده ، أو استرداد جزء منه .[(٣)]

أما اذا كان سبب الهلاك راجعا فى أساسه الى خطأ من أو تلك التىوردها رب العمل المقاول وكأن يكون سببه عيب فى المادة التى وردها لرب العمل

---

١ - انظر ، فيما سبق ، ص ١٨٢ : ١٨٧ .

٢ - السنهورى:الوسيط . حـ٧/١ بند ٥٣ ص ٩٦ . مع ملاحظـــة أن العقار قبل التسلم كان أيضا ملكا لرب العمل بمجرد اندمـــــاج المواد فى البناء تطبيقا لقواعد الالتصاق ، وقاعدة أن البنـــاء يتبع الأرض ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغيره ، ومع ذلك تظـل تبعة الهلاك قبل التسليم على المقاول طبقا لقواعد الهلاك فى عقد المقاولة وليس فى عقد البيع حيث سبق أن بينا أن العقد فى هذه الحالة يبقى عقد مقاولة وليس عقد بيـــع (انظر، فيما سبق، ص ٢٢١ ، ١٢٨ ، وانظر أيضا مازو وجيحلار، السابق، بند١٣٦٥/ ٣ ص ٧٩٥)

(٣) لبيب شنب : عقد المقاولة . بند ٩٢ ص ١٠٩.

نفسه ، أو كان بسبب عيب فى البناء ذاته ، وكان المقاول عالما بهذه العيوب، سواء تلك التى فى المادة ، أو فى البناء ذاته ، أو كان من المفروض عليه أن يعلم بها ، نظرا لماله من خبرة فنية فى هذا المجال ، ولم ينبه رب العمل بهذا العيب ، كما وأنه لم يتخذ من جانبه الاحتياطات الكفيلة بمنع استفحال ضرر هذا العيب، فإنه لا يجوز له أن يطالب بالمتبقى من أجر المقاولة [٤] . بل ولرب العمل أن يرجع عليه بتبعة هلاك العقار أو تلفه طبقا لقواعد المسئولية العشرية ، كما سيأتى بيانه فى موضعه من البحث

أما إذا كان المقاول قد أخطر رب العمل بعيب المادة التى وردها هذا الأخير ، أو عيب التصميم ، ومع ذلك لم يعبأ رب العمل بهذا الإخطار ، وطالبه بالمضى فى تنفيذ العمل ثم ترتب على ذلك أن تلف العقار أو هلك بعد التسلم ، كانت تبعة هذا التلف أو الهلاك على عاتق رب العمل واستحق المقاول مع ذلك باقى أجر المقاولة ، [٥] وله أن يجبر رب العمل على الوفاء به طبقا للقواعد العامة فى هذا الخصوص .

ولقد كان القضاء الفرنسى [٦] يذهب قديما ، إلى أنه فى حالة بناء المقاول بمواد من عنده ، على أرض مملوكة لرب العمل فإن هذه المواد تصبح مملوكة لرب العمل بطريق الالتصاق ، وعلى ذلك فهلاكها يكون عليه ، طبقا للقاعدة الرومانية القديمة التى

---

(٤) شنب : عقد المقاولة بند ٩٠ ص ١٠٧ ، وانظر أيضا ، ج. لابورت وف شبير : مقالهما السابق :" ص٧٢ وما بعدها .

(٥) شنب : الهامش السابق ، ويشير سيادته إلى بيزوسى ص ٣٥ .

(٦) عرائض ١٣ أغسطس ١٨٦٠ دالوز الدورى ١٨٦١ -١-١٠٥ ، ١٩ - يوليو ١٨٧٠ ، دالوز الدورى ١٨٧٢ -١- ١٨ وانظر كولان وكابيتان ودى لاموراندبير حـ٢ بند ١٠٩١ ، و يذهب بعض من الفقه الحديث إلى هذا الرأى، حيث يرى أن التسلم لاأثر له فى انتقال تبعة العقار فى مقاولات المبانى ، وأن المادة ١٧٨٨ مدنى فرنسى لاتنطبق إلاعلى مقاولات الأشياء المنقولة ، دون مقاولات المبانى (كاريلا: المرجع السابق . فصل F ص ٢٧ - ٢٨ .

تقضى بأن الشئ يهلك على مالكه Res perit domino وبذلك يقصر هذا القضاء تطبيق المادة ١٧٨٨ مدنى فرنسى ، على مقاولات الأشياء المنقولة دون العقارية ، ويسلب بهذا التسلم أثره فى انتقال هذه التبعة .

ولقد عدل القضاء الفرنسى ـ يؤيده الفقه ـ بعد تردد، [٧] عن هذا الاتجاه . حيث ارتأى أن التملك بالالتصاق ، لايكون بالرغم من إرادة صاحب الأرض ، كما وأنه قد فصل الأن بين الملكية وبين تحمل تبعة الهلاك ، ومن ثم فقد جعل تحمل التبعة قبل التسليم يقع على المقاول ، وليس على رب العمل ،[٨] وهذا ماقضى به أيضا مجلس الدولة الفرنسى ،[٩] وفى نطاق هذا القضاء تبدو أهمية التسلم فى نقل تبعة هلاك العقار ، من عاتق المقاول إلى عاتق رب العمل ، بحيث يصير هذا الانتقال أثرا من آثاره .

وقواعد تحمل تبعة المخاطر ، ليست من النظام العام ،لذلك يجوز للأفراد أن يتفقوا فيما بينهم على أن يتحمل رب العمل تبعة المخاطر ، قبل تسلم العمل ، وقد يتفقوا على عكس ذلك، بأن يتحمل المقاول تبعة المخاطر لمدة معينة بعد تسلم الأعمال .[١٠] وكما يمكن أن يكون هذا الاتفاق صريحا يمكن كذلك أن يكون ضمنيا،[١١]

---

(٧) عرائض فى ١ من أغسطس ١٩٢٩ سيرى ١٩٣٠ -١-١٧٥ ، نقض جنائى فرنسى فى ١٤ من فبراير ١٩٣٤ دالوز الدورى ١٩٣٤ ص١٨٣ ،نقض تجارى فى ٢٤ أكتوبر ١٩٦٠ بيلتان ٣ رقم ٣٣٢ ، نقض مدنى فى ٩ من مايو ١٩٧٢ بيلتان ٣ رقم ٢٩٣.

(٨) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ٢٣ من إبريل ١٩٧٤دالوز ١٩٧٥ص ٢٨٧ تعليق ج مازو ، فى ٢٧ من يناير ١٩٧٦ دالوز١٩٧٦ملخص ص ٣٠،

(٩) ـ فى ٢٥ من يناير ١٩٧١ مجموعة ليبون ص ٤٨٢ ، فى ١٧ من مارس ١٩٧٦نفس الموضع ص ١٦٦.

(١٠) شنب : عقد المقاولة . بند ٩٥ ص ١١١ ، بوبلى: المرجع السابق ، بند ٢٦٦ ص ١٦٥ ، مازو وچيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٥ ص ٧٩٤ ومابعدها ، كاريلا: المرجع السابق فصل F ص٢٨. نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى٢٥من فبراير ١٩٦٤دالوز ١٩٦٤ملخص ص٩٠.

(١١) پلانيول وريپير ورواست : ج١١ ٩٢٧ ص ١٦٦ويقرر أنه يستفاد بصفة خاصة من فحص رب العمل للشئ ورضائه به قبل تسلمه =

المطلـــب الثانـــــى

نقل تبعة الحراسة على العقار المبنى

حراسة البناء أو العقار المشيد ،هى مكنة السيطرة الفعلية عليه ،بحيث يستطيع من له هذه المكنة حفظه وتعهده ،بالصيانـــة والرعاية والترميم من آن لآخر ،وكلما دعا داع لذلك ،حتى لايتهدد الناس بالخطر فى أنفسهم أو أموالهم جيئة وروحة (١٢)

فمن تكون بيده هذه السلطة الفعلية على البناء،كان حارسا له ،وبالتالى مسئولا عن كل ماينجم عنه من ضرر ،يرجع فى سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه (م ١٧٧ مدنـــى مصرى) ولايهم بعد ذلك ،إن كان هذا الشخص مالكا لهذا البنـــاء أو غير مالك (١٣) ،أو كانت سيطرته على البناء ،بحق أو بغير حـــق مشروعة أم غير مشروعة ،المهم فيها أن تكون سيطرة فعلية قائمة(١٤)

= أشار إليه شنب : الهامش السابـــق .

(١٢) أحمد حشمت أبو ستيت : مصادر الالتزام ، ط ٢ ١٩٥٤ ، بند صـــ ٤٩٩ ومابعدها ،عبد الحى حجازى المرجع السابق صـــ ٥٤٢، أنور سلطان : الموجز فى مصادر الالتزام - سابق - بند ٥٠٢ صـ ٤١٣ محسن شفيق : مسئولية المنتج " محاضرات على الآلة الكاتبة لطلبـــة الدكتوراة ،دبلوم القانون الخاص للعام الجامعى ١٩٧٦، ١٩٧٧ ،بنـــد ٤٣ صـــ ٤٤ ،شنب : رسالته " المسئولية عن الأشياء بند ٥٦ ومابعـــده صـــ ٧٦ : ٧٧ ،نقض مدنى مصرى فى ٢٥ من مارس ١٩٦٥ مذكور فى محسن شفيق الموضع السابق ،وفى ١ من مارس ١٩٧٧ مج أحكام النقض س ١٠٩ صـــ ٥٩١ .

(١٣) وهذا طبقا لنص المادة ١٧٧ مدنى مصرى ،علىخلاف المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى التى تجعل المسئولية على مالك البناء وليس على حارسه ،وعلى ذلك فهى تربط التبعة بالملك لابالحراسة .(انظـــر الأستاذة مازو (هـ . ل . ح) فى مطول المسئولية المدنية . حـ ٢ ط ٦ ١٩٧٠ مـــن بنـــــــد ١٠٢٧ صـــ ١٨ إلى ١٠٣٥ صـــ ٢٤) .

(١٤) السنهورى : الوسيط : ج ١ مصادر الالتزام ط ٢ ١٩٦٤ ، بند ٧١٣ صـــ ١٢١١ ومابعدها ، الصدة : المرجع السابق،بنـــد ٥٢٤ صـــ ٥٦٨ ،جميل الشرقاوى . فى المصادر غير الإرادية للالتزام ط ، ١٩٧٤ صـــ ٨٤ . محسن شفيق : المرجع السابق بند ٢٩ ص ٢٩ .

قبل تسليم البناء إلى رب العمل ،لاشك فى أن هذه السيطرة الفعلية تكون قائمة للمقاول ،فهو الذى يكون بيده حفظه ،وتعهده بالرعاية والإصلاح ،فهو الذى ، إذن،تكون بيده مكنة وقاية الغير من شره وخطره ،ولذلك كان المقاول هو الحارس للبناء ،طيلة فترة تشييده وإقامته ،وحتى تسليمه إلى رب العمل ويترتب على ذلك،أنه هو المسئول عن كل ماينجم عن البناء من ضرر للغير فى نفسه أو ماله، يرجع فى سببه إلى إهمال فى الحفظ أو نقص فى الصيانة ،أو عيب فى البناء ذاته [١٥] .

وبتمام عملية التسلم تنتقل السيطرة الفعلية على البناء لرب العمل ،فتصير بيده إمكانية حفظه ورعايته ،وتعهده بالإصلاح والصيانة ،وعلى ذلك يصير رب العمل ،بسبب توافره على هذه السيطرة الفعلية على البناء ،مسئولا عن كل مايحدثه هذا البناء من ضرر للغير،طبقا لنص المادة ١٧٧ مدنى مصرى [١٦] ،وهذا هو مايؤيده المنطق ،ويرتضيه العقل ،إذ الأصل " أن المسئولية على قدر السلطة ".

وقد قضى بأنه إذا ماتمت الأعمال ،وسلم البناء للمالك، ومضت مدة كافية على ذلك [١٧] ،رجعت إليه المسئولية ،على أن يرجع على المقاول ، إن كان هناك وجه لذلك . [١٨] .

ولكن هناك من يرى أن الحراسة هى عملية واقعية مادية محضة ،ترتبط بالتسليم لابالتسلم ،فبمجرد التسليم تنتقل تبعة

---

(١٥) كاربلا : المرجع السابق ، فصل F ص ٢٧ .

(١٦) لكن رب العمل طبقا للمادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى يسأل عن البناء باعتباره مالكا لاباعتباره حارسا .

(١٧) المقصود أنه بتمام عملية التسليم والتسلم .

(١٨) س مختلط فى ٢٧ من إبريل ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ ،فى ١٠ من فبراير ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٢ .

الحراسة ،من المقاول إلى رب العمل [١٩] .

ولكن هذا القول فى رأينا يتعارض مع نص المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى التى أناطت المسئولية عن حراسة البناء بمالكه لابحارسه ، والفرض أن المالك للبناء هو رب العمل ،وعلى ذلك فإنه يكون مسئولا عن حراسة البناء منذ انتقال ملكية المواد إليه باندماجها فى البناء طبقا لقواعد الالتصاق .

كما أنه لايتمشى مع نص المادة ١٧٧ مدنى مصرى التى أناطت المسئولية عن البناء بحارسه لابمالكه ،ورب العمل لايكون حارسا فعلاإلابتسلمه العمل .

***

(١٩) كاريلا : هامش ١٥ أعلاه .

الفــــــرع الثالـث

أثر التسلم بالنسبـة للضمـــان

أما عن أثر التسلم بالنسبة للضمان ،فيتجلى فى أمريــن : أولهما ، أثره على ضمان العيوب الظاهرة فى البناء أثناء عمليـة التسلم ،وثانيهما ، أثره فيما يتعلق بسريان مدة الضمان ،ســواء الضمان العشرى كما هو الحال فى القانون المصرى،أو الضمانــات المختلفة كما هو الحال فى القانون الفرنسى (١) ،وسنتناول كـلا منهما فى مطلب مستقل .

المطلــــب الأولـــ

الإعفاء من العيــوب الظاهــرة

العيوب التى تعتور البناء عند التسلم تكون على حالين من الظهور والخفاء .

فأما العيوب الظاهرة ،فهى تلك التى يكون بمكنة رب العمل، أو من ينيبه عنه فى عملية التسلم ، اكتشافها ،لو أنه بذل فــى فحصهــا ومراجعتها ،مايبذ له الشخص المعتاد من نفس طائفته . (٢)

(١) حيث إنه ،يوجد فى القانون الفرنسى ، الى جانب الضمان العشرى " garantie décennale " ، الضمان الثنائـــــى " garantie de bon fonctionnement " لمدة سنتين ،وضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى " garantie de parfait achèvement " لمدة سنة واحدة . وسيأتى دراسة هذه الضمانات فى موضعه من البحث .

(٢) شنب : عقد المقاولة بند ١٠٨ صـ ١٢٧ ،بوبلى : المرجع السابق بند ٢٤٠ صـــ ١٤٩ نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٧ يوليو ١٩٧٥بيلتان ٣ رقم ٢٤٧ صــ ١٨٧ . وانظر نقض مدنى مصــرى فى الطعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٤ من يونيو ١٩٦٢ مج أحكام النقض ١٩٦٢ س ١٣ ق ١٢١ صــ ٨٠٨ ، المحاماة السنة ٤٣ ق ٤٦١ صــ ٨١٢ ، فى ١٠ من يونيو ١٩٦٥ مج الأحكام ١٩٦٥ س ١٦ ق ١١٧ صــ ٧٣٦ . مجموعـــة أبو شادى ١٩٦١ / ١٩٦٦ ق ١٥٨٣ صــــ ٧٣٦ .

والذى يحدث عملا ،أن المقاول بعد إنجازه العمل المطلوب منه ،بمقتضى عقد المقاولة ،يضع هذا العمل المنجز ،تحت تصرف رب العمل ،حتى يتسنى لهذا الأخير ،أن يتسلمه دون عائق ، فيقوم رب العمل - طبقا للمجرى العادى للأمور - بمعاينة العمل ،وفحصه ليرى مدى صحة تنفيذه ،ومطابقته لشروط الصفقة ،وقواعد الفن، ويتم هذا الفحص إما بمعرفة رب العمل نفسه ، إن كان من أهل التخصص، أو بمساعدة أهل الفن مثل : المهندس المعمارى ،أو المهندس الاستشارى إلى غير ذلك ،أو بواسطة وكيل عنه ،بمقتضى وكالة ثابتة صراحة أو ضمنا .

وغالب الحال أن الفحص يسفر عن أحد الأمور الآتية :

١ - أن البناء خال من أى ملاحظات ،ولم تكتشف به أية عيوب ،إذ جاء تنفيذه مرضيا لرب العمل ،مستوفيا كل الشروط المنصوص عليها فى العقد ،بل وتلك التى تقتضيها طبيعته وتوجبها القوانين واللوائح ،وتحتمها قواعد الفن وأصول الصنعة . وفى هذه الحال ،ليس أمام رب العمل إلا أن يتسلم البناء ،دون قيد أو شرط، إلا مايتم اكتشافه بعد ذلك ،ويثبت كل ذلك فى محضر التسليم والتسلم .

٢ - أن البناء قد اعتورته بعض العيوب الجسيمة التى تجعل رب العمل يرفض تسلمه حتى يتم إصلاح هذه العيوب ،مع ذكر ذلك أيضا فى محضر التسليم والتسلم .

٣ - أن تظهر فى البناء بعض العيوب ،ليست من الجسامة بمكان ،بحيث يقر رب العمل تسلم العمل ويقبله وهنا من المتصور أن يقوم أحد فرضين :

الأول : أن يقر رب العمل العمل ويتقبل البناء مع تقرير بعض التحفظات بالنسبة لهذه العيوب ،ويطلب من المقاول إصلاحها فى

أجل يحدده له، ويضمن محضر التسليم والتسلم كل ذلك . فإن قام المقاول بالإصلاح كان بها ونعمت، وإلا كان لرب العمل أن يقوم بهذا الإصلاح - بعد استئذان القضاء، ودونه في حالة الاستعجال - على نفقة هذا المقاول، وتحت مسئوليته، وذلك طبقا للقواعد العامة في هذا الخصوص .

الثاني : أن يقر رب العمل العمل ويتقبل البناء ويتسلمه، رغم ماشابه من عيوب كانت ماثلة أمامه عند التسلم ويعتبر تصرفه هذا تنازلا عن حقه في الرجوع على المقاول بطلب إصلاح هذه العيوب وليس له حتى الرجوع عليه بما يصرفه في إصلاحها . ومن الملاحظ أن هذا الحكم، وإن كان غير منصوص عنه، إلا أنه يتفق مع القواعد العامة، وتفسير ذلك : أن قبول رب العمل للعمل دون إبداء أي تحفظ رغم ماشابه من عيوب ظاهرة للعيان، يفيد أحد أمرين : فإما أنه قدر - وهو صاحب المصلحة المطلقة في ذلك - أن هذه العيوب من البساطة بمكان، بحيث إنها لاتؤثر على العمل، ولاتنقص من قيمته، ولاتخرج به عن هدف تخصيصه، وإما أنه قد نزل مختارا عن حقه في الرجوع على المقاول بضمان هذه العيوب [٣] .

٤ - أن رب العمل لم يكتشف هذه العيوب، رغم سهولة اكتشافها، لو أنه - أو من أنابه - بذل في معاينتها وفحصها عناية الرجل المعتاد، فإنه، والحال كذلك، يكون مهملا، وعليه أن يتحمل نتيجة إهماله، ويكون خير جزاء له على هذا الإهمال، هو عدم إمكانية رجوعه على المقاول بالضمان، ذلك أنه بتصرفه هذا قد ولد ثقة مشروعة لدى المقاول، بأنه قد غض الطرف عن هذه العيوب متنازلا عن حقه في الرجوع بضمانها [٤] .

---

(٣) روديير : في تعليق على نقض فرنسي في ١٤ من يناير ١٩٥٨، دالوز ١٩٥٨ ص ٤٥٧، جازيت دي باليه ١٩٥٨ - ١-١٦٨، لبيب شنب : عقد المقاولة بند ١٠٢ ص ١١٧ ومابعدها .

(٤) شنب : الهامش السابق، س مختلط في ٨ من يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص١٩٨ حيث تقرر المحكمة " أنه إذا كان المبيع من =

فالأثر المعفى للتسلم إذن ،قاصر على العيوب الظاهرة ،دون الخفية ،وهذا مايكاد يجمع عليه كل من الفقه والقضاء .[٥]

والقاعدة أن كل عيب يعتبر خفيا وقت التسلم ،وعلى من يدعى أن العيب كان ظاهرا/ يقع عبء إثبات ظهور هذا العيب ،سواء كان هذا العيب متعلقا بالعمل أو بالمواد أو بمخالفة القوانين واللوائح ،ويتم ذلك طبقا للقواعد العامة فى الاثبات[٦] .

ويشترط القضاء الفرنسى لإعمال هذا الأثر ،أن يكون العيب ظاهرا فى سببه وآثاره الضارة ،بحيث إذا كان سبب هذا العيب غير معلوم عند التسلم ،أو كان لايمكن الوقوف عليه إلا بالخبرة ،أو كانت آثاره الضارة لاتظهر إلا بعد التسلم ،فلا يعتبر عيبا ظاهرا ولايعفى المقاول منه بالتسلم .[٧]

= المبانى ، يجب على المشترى أن يتحقق من سلامة الأساسات قبل الشراء ،فإذا أهمل فلا يلومن إلا نفسه .

(٥) محمد كامل مرسى : العقود المسماة حـ ٤ . بند ٥٩٧ صـ ٤٩٩ ،توفيق حسن فرج : مذكراته لطلبة كلية الهندسة عام ١٩٥٨ صـ ٤٩ ،شنب : عقد المقاولة بند ١٠٨ صـ ١٢٧ ومابعدها. السنهورى : الوسيط حـ ٧ / ١ بند ٥٩ صـ ٧٩ - ١٠٤ ،بند ٨٥ صـ ١٥٣ ،أوبرى ورو : بند ٣٧٤ صـ ٤٠٣ ،بيجو : المرجع السابق صـ ١٤٧ ،كاربلا : لمرجع السابق . فصل F صـ ٢٤ . نقض مدنى مصرى فى ٥ من يناير ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ - ١٥٤ - ٤٥٢ ،فى ٩ من يونية ١٩٥٥ مجموعة أحكام محكمة النقض المدنى ٦ - ١٦٥ - ١٢٣٥ وفى ١٣ من إبريل سنة ١٩٦٧ مجموعة القواعد ١٩٦٧ س ١٨ق ١٢٧ صـ ٨٣٥ . نقض مدنى فرنسى ٤ يناير ١٩٥٨ دالوز ١٩٥٨ صـ ٤٥٧ تعليق روديير ،نقض فرنسى الدائرة ١ مدنى فى ١٧ من يوليو ١٩٦٤ بيلتان ١ رقم ٣٩٥ صـ ٣٠٧ نقض مدنى فرنسى (الدائرة٣) فى ٧ يوليو ١٩٧٥ بلتان ٣ رقم ٢٤٧ صـ ١٨٧ .

(٦) كاريلا : المرجع السابق . فصل F صـ ٢٤ ،كاستون: مقاله السابق ، تسلم الاعمال الخاصة : صـ ٧٩٩ .

(٧) كاريلا : المرجع السابق ،فصل F صـ ٢٥ ،بيجو : المرجع السابق صـ ١٤٧ ،نقض فرنسى (الدائرة ١ مدنى) فى ١٧ يوليو =

المطلـــب الثانـــى

بـدء سريان مـدد الضمانـــات

تقضى المادة ٣/٦٥١ مدنى مصرى بأن " تبدأ مدة السنـوات العشر من وقت تسلم العمل " كما تقضى المادة ١٧٩٢ / ٣ مدنـى فرنسى " بأن العناصر التجهيزية الأخرى للبناء تكون موضوعا لضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل garantie de bon fonctionnement لمدة سنتين بحد أدنى اعتبارا من تسلم العمل".(٨)

كما تنص المادة ١٧٩٢ / ٦ فقرة ٢ مدنى فرنسى علـى أن " ضمان تمام الإنجاز أو " الضمان السنوى"، الذى به يكون المقاول، ملتزما، خلال مدة عام من تاريخ التسلم، بإصلاح كل خلل أو فسـاد يعين بواسطة رب العمل".(٩)

كذلك فإن المادة ٢٢٧٠ من ذات القانون تقضى بأن " كـل شخص طبيعى أو معنوى يمكن أن تنعقد مسئوليته ، بمقتضى المواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢ / ٤ من التقنين المدنى الحالى يكون متحـررا (متخلصا) من المسئوليات والضمانات التى تثقل كاهله بالتطبيق

= ١٩٦٤ بيلتان ١ رقم ٣٩٥ صـ ٣٠٧ ، نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٢٢ من إبريل ١٩٧٣ بيلتان ٣ رقم ١٧٨ صـ ١٣٧ .

(٨) Art. 1792 - 3 (L. 78-12 , 4 janv. 1978) " Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage " .

(٩) Art. 17792 - 6ali. 2:(L.78-12, 4 janv.1978)"la garantie de parfait achèvement , - à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an à compter de la réception , s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître..."

للمواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢ / ٢ بعد عشر سنوات ، اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال أو بالتطبيق للمادة ١٧٩٢ / ٣ بانقضاء المدة المشار إليها فى المادة المذكورة (١٠) "

وهكذا يتضح من صراحة هذه النصوص ، أن تاريخ تسلم العمل، هو فيصل بين نظامين مختلفين ،نظام ماقبل التسلم ،وهو الذى تنعقد فيه مسئولية المقاول أو المهندس المعمارى، أو غيرهما ،طبقا للقواعد العامة للمسئولية ،من عقدية وتقصيرية ،بحسب الأحوال، ونظام مابعد التسلم ،وهو الذى تنعقد فيه مسئولية كل منهم ،طبقا لأوضاع خاصة وشروط معينة ، أوضحتها النصوص المنظمة لها ،سواء فى نطاق المسئولية العشرية ،كما هو الحال فى كل من القانونين المصرى والفرنسى ، أو فى نطاق الضمان الثنائى ،وضمان تمام الإنجاز-إلى جانب الضمان العشرى - كما هو الحال فى القانون الفرنسى، (١١)

وبتمام عملية التسلم ،مستوفيا شرائط صحته قانونا على الوجه الذى بيناه سابقا ، (١٢) تبدأ مدة السنوات العشر المنصوص عليها فى القانونين المصرى والفرنسى فى السريان ،بحيث تنعقد

---

(١٠) Art. 2270(L.78-12 . 4 janv . 1978) " Toute personne physique ou morale dont la responsalilite peut étre engagée en vertu des articles 1792 à 1792 - 4 du présent code est déchargée des responsabilite et geranties pésant sur elle en application des articles 1792 à 1792 - 2 après dix ans à compte de la réception des travaux ..."

(١١) كاربلا: المرجع السابق فصل F ص ٢٥

(١٢) أنظر، فيما سبق، من ص ١٨١ :١٨٧

خلالها مسئولية المقاول ، أو المهندس المعماري [١٣] ، أو كليهما ، إذا توافرت باقي شروطها على الوجه الذي سيأتي بيانه في موضعه .

كما تسري كذلك مدة ضمان السنتين garantie de bon Fonctionnement في نطاق القانون الفرنسي المقرر بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ في ٣ يناير سنة ١٩٦٧ ، الخاص بضمان الأعمال الصغيرة في البناء . كذلك ، تبدأ في السريان مدة السنة الخاصة بضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي garantic de parfait achèvement في نطاق القانون الفرنسي أيضا ، والمقرر بمقتضى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ في ٤ يناير سنة ١٩٧٨ . وذلك بإصلاح مايظهر من عيوب في البناء خلال السنة التالية للتسلم [١٤]

أما ماهو بالضبط التاريخ الذي تبدأ فيه هذه المدد المختلفة في السريان ، فنرجىء بحثه الآن ، حتى تتم دراسته في المكان المخصص لدراسة هذه المدد ذاتها ، سواء في نطاق الضمان العشري ، أو الثنائي ، أو ضمان تمام الإنجاز .

***

---

(١٣) المادتان ٨ ، ٩ من مرسوم ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧ بتطبيق القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ في ٣ يناير سنة ١٩٦٧ ، سبق ذكر نصيهما انظر صـ ١٢٨ هـ ٩ بها فيما سبق ، وأنظر تعليق كاستون على استئناف روان في ٢ من يوليو ١٩٦٨ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٩ صـ ١٣٥ ، سليون في ١٥ من يناير ١٩٧٤ جازيت دي باليه ١٩٧٤ - ٢ صـ ٧٠٤ تعليق بلا نكييل Plancqueel .

(١٤) بيجو : المرجع السابق . صـ ١٤٧ - ١٤٨ ، كاريلا السابق فصل أ صـ ٢٥ ومابعدها .

الفصل الثالث

حدوث التهدم أو ظهور العيب خلال عشر سنوات من تاريخ التسلم

تمهيد وتقسيم :

تقضى الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى مصرى ،بأن يضمن المهندس المعمارى والمقاول ،متضامنين ،مايحدث خلال عشر سنوات، من تهدم كلى أو جزئى ،فيما شيدوه من مبان ،أو أقاموه من منشآت أخرى ثابتة ،ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ...."

كما نصت الفقرة الثانية من ذات المادة ،على أن يشمل هذا الضمان ،مايوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب ،يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

وقد كانت المادة ٤٠٩ / ٥٠٠ من القانون المدنى المصرى القديم تقضى بأن "المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن : عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ولو كان ناشئا عن عيب فى الأرض ..."

ولقد بينا سابقا أن المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فى صياغتها الأولى سنة ١٨٠٤ ،كانت تقضى بأنه "إذا تلف البناء المشيد بأجر مقدر جزافا تلفا كليا أو جزئيا ،وكان هذا التلف ناشئا عن عيب فى البناء ،أو حتى عن عيب فى الأرض ذاتها ،فإن المهندسين المعماريين والمقاولين يسألون عن هذا التلف فى خلال مدة عشر سنوات" (١) .

---

(١) أنظر النص الفرنسى للمادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فى صياغتها الأولى سنة ١٨٠٤ . ص ١٣٣ ،فيما سبق، هامش ٢ بها .

ثم أصبحت بعد تعديلها بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ في ٣ من يناير ١٩٦٧ تقضي بأن " يكون المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص الأخرين ، المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة ،مسئولين عما يصيب البناء من تلف كلي أو جزئي، إذا نتج هذا التلف عن عيب في البناء ،أو حتى عن عيب في الأرض ذاتها ،وذلك لمدة عشر سنوات"(٢)

ثم صارت في تعديلها الأخير بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ في ٤ يناير سنة ١٩٧٨ تقضي بأن " كل معماري يتولى تشييد عمل ،يكون مسئولا بقوة القانون ،نحو رب العمل ،أو من تئول إليه ملكية هذا العمل ،عن الأضرار ،حتى تلك التي تنتج عن عيب في الأرض ، التي تعرض للخطر متانة البناء وصلابته " (٣)

وأول مايلاحظ على هذه النصوص ،سواء المصري منها أو الفرنسي. هو ثبات عنصر المدة فيها ،فجميعها كما هو واضح ،يستلزم أن يحدث التهدم ،أو يظهر العيب ،خلال عشر سنوات ،من تاريخ التسلم كما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ مدني مصري والمادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي في صياغاتها المتوالية .

فهذا إذن شرط مستلزم بنص القانون ،وهو أن يحدث التهدم الكلي أو الجزئي أو يظهر العيب بشروطه المطلوبة ،في خلال مدة عشر سنين من تاريخ تسلم الأعمال .

ولما كان هذا الشرط ،كما هو واضح منه ،يشتمل على عنصر موضوعي ،يتمثل في حدوث التهدم أو ظهور العيب الذي يهدد متانة

---

(٢) انظر النص الفرنسي للمادة ١٧٩٢ بعد تعديلها بالقانون المذكور . صـ ١٣٤ فيما سبق هامش ٦ بها .

(٣) انظر النص الفرنسي للمادة ١٧٩٢ بعد تعديلها بالقانون المذكور صـ ٧٧ فيما سبق هامش ٣ بها .

البناء وسلامته ،كما يشتمل على عنصر زمني ،مقتضاه أن يحدث هذا التهدم ، أو يظهر ذلك العيب في خلال عشر سنوات اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل .

لذلك فإننا نرى دراسة هذا الشرط في مبحثين مستقلين : بينا نخصص الأول منهما ،لدراسة ضرورة حدوث التهدم ، أو ظهور العيب الذى يهدد متانة البناء وسلامته ،كسبب موجب لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة . نجعل الثاني ،لدراسة المدة التي يجب أن يحدث خلالها التهدم ،أو يظهر فيها العيب المعتبر .

المبحث الأول : ضرورة حدوث التهدم ، أو ظهور العيب الذى يهدد متانة البناء وسلامته .

المبحث الثاني : المدة التي يجب أن يحدث خلالها التهدم ، أو يظهر فيها العيب . (مدة الضمان العشرى)

***

" المبحـــث الأولـــ "

ضرورة حدوث التهدم أو ظهور العيب الذى يهدد متانة البناء وسلامته

بيان وإحالـــة :

إن تأمل ماسبق أن أوردناه من نصوص ،ليكشف عن التطـــور الكبير الذى حدث فى هذا الخصوص . ذلك التطور التشريعى الـــذى فرضه التطور العملى فى مجال التشييد والبناء ،وحتمته ضرورة ملاحقة التشريع لمجريات الحياة ،وتطور الزمن فى مجال نشاط بشرى معيـن، وإن هذا التطور ليس بقاصر على بلد معين ،أو منحصر فى قطـر دون آخر ،ولكن المستقصى عنه ،يجده هنا ،كمايلمحه هناك ،وإن اختلـف اتساعا وعمقا فى مكان عنه فى آخر :

ففى نطاق القانون المصرى : لم تتحدث المادة ٤٠٩ / ٥٠٠ من القانون المدنى الملغى إلا عن حدوث خلل فى البناء ،وكلمة " خلل" هذه ،تعادل ـ كما يتضح من تفسير لجنة القانون المدنى ،بمجلـس الشيوخ ،عند مناقشتها ،لمشروع القانون المدنى الحالى ـ وقـوع التهدم الكلى أو الجزئى ، الذى نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى (٤) جديـــد .

ثم جاءت المادة ٦٥١ مدنى جديد ،سالفة الذكر ،لتضيـف إلى شرط حدوث تهدم كلى أو جزئى فيما يشيد من مبان أو منشـآت ثابتة أخرى شرطا آخر جديدا ، اقتضاه تطور العمل وتلاحقه فـى مجال البناء والتشييد ،فنصت فى فقرتها الثانية على أن يشمـل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة الأولى ،مايوجد فى المبانـى

---

(٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٥ صـ ٢٣ .

والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ؛فلو ظهر بالمباني أو المنشآت عيب يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته ،خلال عشر سنوات من تاريخ التسلم ،أمكن تطبيق أحكام المسئولية الخاصة ،محل البحث ،ولو لم يحدث بالفعل تهدم كلى أو جزئى بالبناء خلال هذه المدة . (٥)

أما فى نطاق القانون المدنى الفرنسى : فلعل النصوص التى أوردناها ،والتى تتعلق بهذه المسئولية ،تنبىء عن تطور أكبر وتلاحق أبعد مدى ،وأقوى أثرا فى هذا الخصوص .

بيان ذلك أن المادة ١٧٩٢ مدنى فى صياغتها الأولى سنة ١٨٠٤ ،لم تشترط لتطبيق أحكام المسئولية العشرية ،سوى حدوث تلف كلى أو جزئى Périt en tout ou en partie فى البناء ، ولم تتكلم عن العيب كشرط مماثل لسريان أحكام المسئولية العشرية بل تكلمت عنه كسبب فى حدوث هذا التلف الكلى أو الجزئى ،وسواء أكان العيب فى البناء ،أم فى الأرض ذاتها .

وعلى ذات النهج سارت المادة المذكورة بعد تعديلها بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ من يناير سنة ١٩٦٧ ،ذلك التعديل الذى - كما هو واضح من النص - اقتصر فى توسعه على النطاق الشخصى للمسئولية ،دون النطاق الموضوعى ،كما سيأتى فى بيانه فى موضعه من البحث .

ثم جاء التعديل الأخير للمادة ١٧٩٢ مدنى الذى تم بالقانون رقم ١٢ سنة ١٩٧٨ فى ٤ من يناير سنة ١٩٧٨ ،فجعل شرط تطبيق أحكام المسئولية العشرية ، المنصوص عليها بالمادة المذكورة ، ليس التلف الكلى أو الجزئى périt en tout ou en partie كما كان الحال قبل ذلك ،ولكن ، الأضرار التى تعرض للخطر متانة العمل

(٥) الأعمال التحضيرية : الهامش السابق .

وصلابته ،أو تجعله غير صالح للهدف الذى أعد من أجله . Des dommages, qui compromettent la solidité de l'ouvrage, ou qui, ... , le rendent impropre à sa déstination

ولاشك أن تعبير الأضرار Des dommages أوسع مدى فى التطبيق من تعبير التهدم الكلى أو الجزئى Périt en tout ou en partie " اذ الأضرار كما تشمل التلف بنوعية ،فقد تشمل عيوبا أخرى ،وإن لم يترتب عليها تهدم،بل وتشمل أى عيب مهما صغر متى ترتب عليه ضرر ما . كما سيأتى بيانه فيما بعد عند دراستنا لمشكلة النطاق فى هذه المسئولية الخاصة .

وهكذا - فخضوعا لمقتضيات التطور - غدا شرط تطبيق المسئولية العشرية فى القانون الفرنسى ،ليس هو حدوث تلف كلى أو جزئى ،كما كان الحال فيه قبل ذلك ،كما سبق البيان ،وليس - بالإضافة إليه - وجود عيب فى البناء يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته ،كما هو الحال فى القانون المدنى المصرى ،كما سبق أن أوضحنا ،بل هو حدوث أضرار ،تعرض للخطر متانة البناء وصلابته ،أو تجعله غير صالح للهدف الذى أنشئ من أجله .

هذا ولما كانت الدراسة الموضوعية ،والتحليلية لشرط حدوث التهدم أو ظهور العيب ،على حد تعبير القانون المصرى ،أو حدوث الأضرار التى تعرض للخطر متانة العمل وصلابته ،أو تجعله غير صالح لما أعد له ،على حد تعبير القانون الفرنسى رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ هى - فى تصويرنا - ألصق بدراسة نطاق تطبيق هذه المسئولية ،لذلك فإننا نحيل فيها إلى الفصل الثانى من الباب الثانى المخصص لدراسة النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة .

****

" المبحث الثانى "

" المدة التى يجب أن يحدث خلالها التهدم أو يظهر فيها العيب "

" مدة الضمان العشرى "

إن الجانب الزمنى فى هذه المسئولية الخاصة لَمِن أجلى عناصرها ،وأظهر شروطها ،بل إنه لَسبب خروجها عن نطاق القواعد العامة ،[(١)] لتكون بذاتها نوعا مستقلا عن باقى أنواع المسئوليات الخاصة ، التى تزخر بها المجموعات المدنية - سواء فى مصر أو فى فرنسا .

ولما كان لهذا الجانب الزمنى هذه الأهمية البالغة، بالنسبة لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ،لذلك ،فإننا نرى تناوله فى أفرع ثلاثة :نخصص الأول منها ، لإعطاء فكرة عن مدة الضمان العشرى وطبيعتها القانونية ، مدى تعلقها بالنظام العام من عدمه . ونجعل الثانى منها ،لدراسة النظام القانونى لهذه المدة ،ثم فى فرع ثالث وأخير ،نبين مدى أثر التدخل التشريعى الفرنسى على مدة الضمان العشرى .

الفرع الأول : مدة الضمان العشرى ،طبيعتها القانونية، مدى تعلقها بالنظام العام .

الفرع الثانى : النظام القانونى لمدة الضمان العشرى .

الفرع الثالث : أثر التدخل التشريعى الفرنسى على مدة الضمان العشرى .

---

(١) انظر فى هذا المعنى : هـ . مازو : المقال السابق بند ٩ صـ ٦٤٩ ومابعدها ،بوبلى : المرجع السابق، بند ٣٥٨ صـ ٢٢٦ ومابعدها .

الفـــــرع الأولــــــ

فكرة عن مدة الضمان العشرى وطبيعتها القانونية
ومدى تعلقها بالنظام العـــام

يقتضينا بحث هذا الفرع ، إعطاء فكرة عن مدة الضمــــان العشرى ،ثم نعرض لبيان طبيعتها القانونية ،وأخيرا نوضح مـــدى ارتباطها بالنظام العام من عدمه ،على أن يكون بحث كل نقطة مـــن هذه النقاط الثلاث فى مطلب مستقل .

المطلـــب الأولـــــ

فكـــرة عن مدة الضمان العشرى

تقضى المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ،فى صياغتها الأصلية ،بـــأن " المهندس المعمارى والمقاول يكونان مسئولين عن ..... خلالـــ ١٠ سنوات " (١) كذلك ،تنص المادة ٢٢٧٠ من ذات القانون على أنــــه " بعد عشر سنوات ينقضى ضمان المهندس المعمارى والمقاول عن .(٢)

وفى نطاق القانون المدنى المصرى ، كانت المادة ٤٠٩/ ٥٠٠ مـــن القانون الملغى ،تقضى " بأن المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء ،فى مدة عشر سنين ..... (٣) وعلى ذات المنوال نهجت المادة ٦٥١ من القانون الحالى . فنصت علـــى أن " يضمن المهندس المعمارى والمقاولـــ متضامنين ،مايحدث ،خلالــــ عشر سنـــــوات .... (٤)

---

(١) انظر فيما سبق النص الأصلى للمادة المذكورة هامـــش ٢ صـــــ ١٣٣.

(٢) انظر ،فيما سبق ، النص الأصلى للمادة المذكورة هامش٢ صـــــ ١٣٣.

(٣) انظر النص بالكامل : مجموعة الأعمال التحضيرية : حـ ٥ صـ ١٩ ومابعدهـــا .

(٤) انظر النص بالكامل: مجموعة الأعمال التحضيرية : حـ ٥ صـ ١٩

يتضح من هذه النصوص ، أن كلا من المشرعين الفرنسى والمصرى قدر كفاية مدة العشر سنوات ،لاختبار متانة البناء وصلابته ،وحسن تنفيذ كافة الأعمال المتعلقة به ،وصلاحيته لأداء الغرض الذى أنشىء من أجله (٥) ،فاكتفى بها مدة للضمان ،بحيث لو نقصت عن ذلك ،لما كانت فى تقديرهما - كافية لأن يحدث فيها التهدم ،أو يظهر فيها العيب المعتبر قانونا ،وبذلك تذهب الحكمة من تقرير هذا الضمان ،وكذلك لو قدرت بأكثر من ذلك ،لكانت عبئا ثقيلا على المهندس المعمارى والمقاول ،وهو أمر غير مرغوب فيه ،لما يترتب عليه من صيرورة هذا الضمان سيفا مسلطا عليهما ،ربما كان عائقا لهما-لاسيما المهندس المعمارى - عن الابتكار والتجديد فى مجال نحن أحوج مانكون فيه إلى ذلك . (٦)

والواقع أن إطالة المشرع ،سواء الفرنسى أو المصرى ،لمدة الضمان المتعلق بالمبانى أو المنشآت الثابتة الأخرى، إلى هذا القدر رغم مافيه من خروج عن القاعدة العامة فى عقد المقاولة، والتى تقضى بانتهاء العقد بكافة آثاره بتمام عملية التسلم، دون إبداء تحفظات (٧) إلا أنه - فى الحقيقة - خروج اقتضته رعاية كل من

---

(٥) فى حين أن بعض التشريعات رأت كفاية الخمس سنوات مدة للضمان . بينما رأى البعض الآخر أن مدة العشر سنوات غير كافية ، فجعل مدة الضمان خمس عشرة سنة ، انظر فى بيان اختلاف التشريعات المختلفة فى تقدير المدة الكافية للضمان (مجموعة الاعمال التحضيرية ح ٥ ص ٢١)،وانظر أيضا جمال الدين العطيفى " التقنين المدنى المصرى معلقا على نصوصه " ١٩٥٠ ح ٤ ص ١٥ ،محمد كامل مرسى المرجع السابق : بند ٦٠٢ ص ٥٠٦ ،الدورى : رسالته السابقة: ص ٢١٨ : ٢٢٠ .

(٦) انظر فى تقدير المشرع الفرنسى لكفاية هذه المدة، سان موريس : رسالته ص ١٠١ ،كانتيلوب : السابق ص ١٦٣ ،وقد قدر المشرع المصرى كفاية هذه المدة جريا على نسق المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ من التقنين المدنى هناك ، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى : الموضع السابق .

(٧) السنهورى : الوسيط - ح ٧ / ١ بند ٦٧ ص ١٢١ ومابعدها، محمد حسين منصور . المسئولية المعمارية ط ١٩٨٤ ص ٨١ ، ٨٢ ، نقض مدنى مصرى فى ٥ من يناير ١٩٣٩ " لكن القانون المصرى على غرار القانون الفرنسى،قد جعل المهندس والمقاولة ضامنين للخلل الذى يلحق البناء فى مدة عشر سنوات بعد التسلم .....لذلك =

الصالحين الخاص والعام ،وذلك نظرا لخطورة المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى[٨] ومايسببه تهدمها كليا أو جزئيا ،أو ظهور العيوب الجسيمة بها ،التى تهدد سلامتها ومتانتها ،أو تجعلها غير صالحة لأداء الغرض الذى أنشئت من أجله ،من إضرار بالاقتصاد القومى، ومساس بالأمن العام ،والسكينة العامة فى المجتمع ،ومن تهديد للأفراد فى أموالهم وأنفسهم ،لذلك كان لامندوحة أمام المشرعين من الخروج على مقتضى القواعد العامة واختصاص هذا الضمان بالذات بالمدة الملائمة له ،والتى تجعله فعلا ضمانا فعالا ،يحقق الهدف المنشود من تقريره [٩] والحقيقة أن اختصاص المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى بضمان خاص ،يتفق وأهمية هذه الأعمال ،لم يكن وليد العصر الحديث - وإن كانت قد زادت أهميته فيه - بل لقد عرفت التشريعات القديمة والوسيطة هذا الضمان ،وإن اختلفت فيما بينها فى بعض تفصيلاته[١٠] فلقد كان القانون الرومانى يجعل مدة هذا الضمان خمسة عشر عاما من تاريخ إنجاز الأعمال ،ثم انتقلت منه إلى مجموعة الأعراف والتقاليد الخاصة بالأقاليم الفرنسية المختلفة ،والتى كان يتكون من مجموعها القانون الفرنسى القديم، ولكنها كانت تختلف تبعا لاختلاف هذه الأقاليم فى أعرافها وتقاليدها

= مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى مابعد تسلم المبانى ودفع قيمتها ،على خلاف مايقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها ......"

وانظر فى نفس المعنى : بوليو : المقال السابق صـ٥٦ وما بعدها : "D'après le droit commun, la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur prend fin au moment où l'édifice a été accepté par le maître...." مادلين جيفرس : المقال السابق صـ ١٤٢ المقطع الأخير ،هنرى مازو: المقال السابق بند ١٥ صـ ٦٥٤ المقطع الأول .

(٨) پلانيول وريپير ورواست : حـ ١١ بند ٩٤٥ صـ ١٨٥ وما بعدها ،السنهورى : الهامش السابق .

(٩) انظر تقريرات السادة Treilhard Tronchet Bérenger أثناء الأعمال التحضيرية لتقنين نابليون سنة ١٨٠٤؛ Locre حـ ٧ صـ ١٧٣ وانظر أيضا بيدان وروديير : السابق . بند ٢٠٢ صـ ٢٢٢ ،دى باج : حـ ٤ بند ٨٩٢ ،فلام ولوباف : المرجع السابق . بند ٦٠٣ صـ ٣٣٧ .

(١٠) راجع ،فيما سبق من صـ ٢٤ : صـ ٥٥ .

فقد نزلت مدة الضمان فى العرف والتقاليد الباريسية إلى عشر سنوات بدلا من خمس عشرة سنة ،واستمرت هكذا فى العرف الباريسى، حتى جاء واضعوا تقنين نابليون فى القانون المدنى لعام ١٨٠٤ ميلادية ،وقدروا كفاية هذه المدة كما كانت ثابتة فى العرف الباريسى ،وأخذوا بها عند صياغة المادة ١٧٩٢ من ذلك التقنين[١١]، التى عنها أخذت معظم التقنينات الحديثة [١٢] .

وعلى ذلك ،وطبقا لما ارتضاه كل من المشرعين الفرنسى والمصرى،من كفاية مدة العشر سنوات لفعالية هذا الضمان ،وتحقيق الغاية المبتغاة من تقريره ،لزم لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء - على فرض توافر باقى شروط التطبيق - أن يحدث التهدم ،كليا كان أم جزيئا ،فى البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى ،أو يظهر العيب الذى يهدد متانتها وسلامتها ،أو يجعلها غير صالحة لتحقيق الهدف الذى شيدت من أجله ، فى أثناء سريان مدة العشر سنوات ،بحيث لو انقضت هذه المدة،دون أن يحدث شئ من هذا القبيل،برئت ذمة كل من المهندس المعمارى والمقاول كلية من هذا الضمان ،[١٣] وانتقلت تبعة ما قد يحدث بعد ذلك من تهدم كلى أو جزئى ،أو يظهر من عيب معتبر فى هذا الخصوص،إلى عاتق رب العمل ،أو من آلت إليه ملكية العقار بعده ، دون أن يكون فى مكنة أى منها الرجوع على المهندس المعمارىأو المقاول حتى لو ثبت خطؤهم . [١٤]

---

(١١) ريموند بنجر : رسالته السابقة بند ٢٤ صـ ٥٥ ،سانت موريس : رسالته السابقة صـ ١٠٠ ،كانتيلوب : رسالتها السابقة، صـ ١٦٢ ومابعدها ،والتى قررت أن مدة الخمس عشرة سنة كانت فى القانون الرومانى متعلقة بالأعمال العامة ولم تبين ماكان عليه الحال بالنسبة للأعمال الخاصة .

(١٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية حـ ٥ صـ ٢١ .

(١٣) نقض مدنى فرنسى فى ٢٤ من نوفمبر ١٩٥٤ J.C.P ١٩٥٥ - ٢ - ٨٦٢٥ ، G.P ١٩٥٥ - ١ صـ ١٠٠ .

(١٤) مازو وتنك : المطول فى المسئولية حـ ٢ بند ١٠٦٢ صـ ٥١ ،شنب : السابق : بند ١١٠ صـ ١٣١ ، السنهورى : الوسيط حـ ٧ بند =

أما إذا كان ماحدث من تهدم أو ظهر من عيب معتبر ،ناتجا عن مخالفة عمدية ،من المهندس المعماري أو المقاول ،لشروط ومواصفات العقد المبرم بين كل منهما من جهة ورب العمل من جهة أخرى ،فإننا لايمكننا الذهاب مع الرأي القائل بعدم إمكان الرجوع عليهما بمقتضى أحكام هذه المسئولية الخاصة (١٥)

ذلك أن ثبوت ركن العمد في المخالفة ،أو المخالفات ،التي تمت على غير مقتضى شروط ومواصفات العقد والتي كانت السبب في حدوث التهدم أو ظهور العيب محل الاعتبار ،في البناء أو المنشأ الثابت الآخر ،يعني بالضرورة علمهما الأكيد بهذه المخالفات ، وفضلا عن أن هذا أمر يتنافى ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، فإنه لايخلو بالضروة أيضا من غش ارتكبه كل من المهندس المعماري والمقاول ،وتواطؤ فيما بينهما ضد مصلحة رب العمل.(١٦) لأنهما كان ينبغي عليهما - وحتى لحظة التسلم - أن يطلعا هذا الأخير على تلك المخالفات ،وألايسلماه الأعمال على أنها خالية من أي مخالفات ارتكبت ،مستغلين في ذلك جهله بقواعد الفن وأصول الصنعة ولاشك أن القول بهذا الرأي الذي نناقشه ،يفوت على المشرع قصده ،عن تقرير مثل هذه الحماية القانونية لرب العمل ،ويجعل هذا الأخير عرضة لمكائد رجال الفن وتواطئهم .

كذلك يلزم التمييز أخيرا بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان ،فمدة الضمان : هي تلك التي ارتآى المشرع ضرورة مرورها لاختبار متانة البناء وسلامته وصلابته ،وخلوه من أية عيوب أو نقائص ،تؤدي إلى تهدمه ،أو تهدد متانته وسلامته ،أو تجعله غير

= ٦٧ ص ١٢٢ ،الدوري : رسالته السابقة ص ٢٣٥ .

(١٥) انظر المراجع المشار إليها في الهامش السابق ،في ذات المواضع ،فيما عدا الدوري ،الذي يعترض على هذا الرأي ، انظر ص ٢٣٦ ومابعدها من رسالته سالفة الذكر وانظر أيضا عكس هذا الرأي بيزوس : رسالته السابقه ص ١٠٣ .

(١٦) أنظر في بيان أثر الغش الصادر من المهندس المعماري أو المقاول أو من كليهما ضد رب العمل على مدة الضمان ص ٣٨٦ : ٣٩٤ فيما بعد .

صالح للهدف الذى أنشىء من أجله ،وقد قدرها كل من المشرعين المصرى والفرنسى - كما سبق أن رأينا - بعشر سنوات يظل خلالها المهندس المعمارى والمقاول مسئولين عما يحدث فى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى التى شيداها من تهدم كلى أو جزئى . أو ظهور العيب المعتبر بها . بحيث لاتنتهى مسئوليتهما هذه إلا بانتهاء هذه المدة .

أما مدة دعوى الضمان : فهى المدة التى فرض المشرع على رب العمل أن يبادر فيها برفع دعواه أمام القضاء ،إذا ما حدث بالمبانى أو المنشآت الثابتة الأخرى التى أقامها المهندس المعمارى والمقاول تهدم كلى أو جزئى ،أو ظهر بها عيب يتهدد متانتها وسلامتها أو يجعلها غير صالحة للهدف الذى أنشئت من أجله ،بحيث إذا ماحدث هذا أو ظهر ذاك خلال مدة الضمان ،ولم يقم رب العمل برفع دعواه حتى انتهت هذه المدة سقط حقه فى مطالبتهما بعمل أى إصلاح أو دفع أى تعويض .

مدى كفاية مدة العشر سنوات كمدة للمسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء :

هل تكفى العشر سنوات مدة لهذه المسئولية الخاصة أم يلزم إطالتها إلى أكثر من ذلك ؟

والسبب فى هذا التساؤل ماوصلت اليه الابنية الحديثة من امتداد أفقى ورأسى لم يكن يخطر ببال،وما يستعمل فى إقامتها من وسائل حديثة ومعدات وآلات لم تكن تعرف من قبل،لذلك كله فقد أقترحت وزارة الاسكان والمرافق فى مصر اطالة مدة هذه المسئولية - مدنيا وجنائيا - الى ثلاثين عاما تسرى اعتبارا من تاريخ تسليم المبنى(١٦) م

---

(١٦) انظر الاقتراح الثامن من " مجموعة المقترحات التفسيرية لضمان سلامة المبنى " التى قدمتها الوزارة المذكورة =

ونحن من جانبنا لانرى أن هذا الاقتراح جدير بالتأييد ،بل نرى - على العكس من ذلك - كفاية مدة العشر سنوات كمدة للمسئولية الخاصة محل دراستنا رغم كل ماحدث من تطورات فى مجال التشييد والبناء ،ونستند فى قولنا هذا إلى الأسانيد الآتية :

١ - إن هذه المسئولية الخاصة لم تتقرر لحماية مصلحة رب العمل فقط ،وإنما تقررت أيضا لحماية المصلحة العامة ،وهذه الغاية الأخيرة كما تتحقق بصون المبانى والمنشآت الأخرى من التهدم وخلوها من العيوب ،فهى كذلك تتحقق بإعطاء الفنيين والمتخصصين فرصة الإبداع والابتكار ،لاسيما فى هذا المجال الحيوى من النشاط البشري ،ولاشك أن إطالة مدة الضمان الى هذا المدى البعيد سوف يجعل هوءلاء الفنيين والمتخصصين مهددين بسيف هذه المسئولية المسلط على رقابهم ،مما يقتل عندهم ملكة الإبداع ،ويئد فى نفوسهم الرغبة فى الابتكار والتجديد .(١٧)

٢ - إن التطور والتقدم فى مجال التشييد والبناء -كشأنه فى كل المجالات الأخرى - سلاح ذو حدين ،فهو كما زاد من مشاكل هذه المسئولية ،وضاعف من صعوبة تطبيق أحكامها ، إلا أنه فى نفس الوقت قدم الكثير من الوسائل التى تضمن إنشاء أبنية ،وإقامة منشآت أخرى سليمة من العيوب خالية من الشوائب .

٣ - وأخيرا فإن عامل الزمن لم يعد هو الوسيلة الوحيدة لسبر متانة البناء وصلابته ، والتيقن من خلوه من العيوب والشوائب بل إن العلم الحديث قد توصل إلى اكتشاف الكثير من الأجهزة والمعدات التى يمكن أن تقوم بهذه المهمة : فكما أدى التطور

= وأحيلت إلى لجنة الإسكان والمرافق العامة والتعمير بمجلس الشعب لدراستها . أنظر عرض هذه المقترحات والتعليق عليها ، الاستاذ الدكتور شكرى سرور : المرجع السابق - الملحق - من ص ٤٧٣ : ص ٤٨١ .

(١٧) انظر فيما بعد ص ٣١٨ ومابعدها وهامش ٣٤ بها وكذلك ص ٣٧٩ ومابعدها .

العلمى، والتقدم "التكنولوجى" إلى اكتشاف العديد من الأجهزة والمعدات التى عملت على اختصار الزمن اللازم للإنشاء والتشييدفكذلك أدى إلى اكتشاف أجهزة ومعدات تعمل على اختصار الزمن اللازم لاختبار متانة البناء وصلابته ،وخلوه من العيوب والشوائب ،وإن بإمكان رب العمل الاستعانة بها فى هذا الخصوص .

وعلى ذلك فلسنا بحاجة حقيقية إلى إطالة مدة الضمان أو المسئولية الخاصة عن عشر سنوات كما يرى البعض.[١٨] ولقد كان المشرع الفرنسى محقا حيث لم ينص فى إصلاحه الأخير لأحكام هذه المسئولية الخاصة - الصادر بالقانون رقم ١٢ سنة ١٩٧٨ - سالف الذكر - على إطالة مدتها عن عشر سنوات ،رغم ما أتى به هذا الإصلاح من تغيير، يكاد يكون شاملا ،فى أحكامها .

المطلب الثانى

الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشرى

المقصود ببيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشرى، هو الوقوف عما إذا كانت هذه المدة هى مدة تقادم ،فيسرى عليها مايسرى على مدد التقادم من شروط وأحكام . أم أنها مدة سقوط، فتخضع لما تخضع له مدد السقوط من أحكام.[١]

---

(١٨) شكرى سرور : المرجع السابق . البند الرابع من الخاتمة ص ٤٨٤ .

(١) أنظر فى التفرقة بين مدد التقادم ومدد السقوط : عبد المنعم البدراوى " أثر مضى المدة فى الالتزام " رسالة ، القاهرة ١٩٥٠ ،بند ٣٣ ومابعده ،محمد على عمران : " التقادم المسقط فى القانون المصرى " دروس الطلبة الدراسات العليا " دبلوم القانون الخاص " ١٩٧١ - ١٩٧٢ من ص ١٠ - ٢٠ خصوصا ص ١٩ ، ٢٠ اسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام ح ٢ أحكام الالتزام ط ١٩٦٧ ص ٤٥٤ : ص ٤٥٨ ،أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ح ٢ أحكام =

اختلاف مسلك التشريعيـــــن :

نص المشرع الفرنسى فى المادة ١٩٧٢ من القانون المدنـــى الفرنسى ،فى صياغتها الأصلية سنة ١٨٠٤ الواردة ضمن القسم الثالث (٢) مـــن الفصل الثالث (٣) من الباب الثامن (٤) على أنه "إذا تلف البناء .... ،فإن المهندس المعمارى والمقاولين يكونـــون مسئولين عن ذلك خلال عشر سنوات" (٥) .

ثم جاء فى المادة ٢٢٧٠ من ذات القانون الواردة أيضا ضمن القسم الثالث (٦) ،من الفصل الخامس (٧) من الباب العشرين (٨) على أنه " بمضى عشر سنوات ينقضى ضمان المهندس المعمارى والمقاول (٩)".

من هذين النصين وأستئناسا بمكان ورود كل منهما ،يتضح أن المشرع الفرنسى جعل من مدة العشر سنوات مدة ضمان (م ١٧٩٢)

= الالتزام ط ١٩٧٠ بند ٩٩٤ صـــ ٤٤٦ ومابعدها .

(2) Section : III - Des devis et des marchés

(3) Chapitre : III - De Louage Douvrage Et D'industrie

(4) Titre : VIII - Du contrat de l'ouage

(٥) انظر النص بالكامل،فيما سبق ،ص ١٣٣ هامش ٢ بها .

(6) Section : III - De la prescription par dix et vingt ans

(٧) Chapitre : V-Du Temps requis pour prescrire

(8) Titre : xx - De la prescription

٩) انظر النص بالكامل ،فيما سبق ص ١٣٣ هامش ٣ بها .

وكذلك مدة سقوط لدعوى الضمان (م ٢٢٧٠) [(١٠)]

أما المشرع المصرى ،فلم يحذ فى هذا الصدد حذو المشرع الفرنسى،وإنما اختص الضمان بمدة معينة ،هى مدة عشر سنوات،تسرى اعتبارا من تاريخ تسلم العمل (م ٦٥١ مدنى) [(١١)] فى حين اختص دعوى الضمان بمدة سقوط خاصة بها قدرها بثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب (م ٦٥٤ مدنى) [(١٢)]

ونحن فى هذا المطلب نعرض لبيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشرى ، المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى،دون أن نعرض لبيان الطبيعة القانونية للمدة المنصوص عليها بالمادتين ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ،٦٥٤ مدنى مصرى ، إذ ليس مكان هذا البيان هنا ،وانما مكانه الطبيعى عند بحث مدة دعوى الضمان ذاتها ،ونحن بهذا المنهج فى البحث نخالف مادرج عليه كثير من الفقه الفرنسى [(١٣)] ، الذى

---

(١٠) وعلى هذا أجماع الفقه الفرنسى التقليدى والمعاصر. انظر من ذلك على سبيل المثال : المراجع المذكورة فى هامش ١٣ الآتى فى مواضعها .

(١١) راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد حـ ٥ صـ ١٩ .

(١٢) انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى .حـ ٥ صـ ٣٠ . ،انظر أيضا مذكرة المشروع التمهيدى صـ ٣١ بها .

(١٣) انظر من ذلك على سبيل المثال :مينيفيل رسالته، بند ٢٦٨ صـ ٢١٣ ، الذى عالج الموضوعية تحت عنوان Délai du recours وسانت موريس : رسالته : من صـ ١٠٠ : صـ ١١٢ حيث تعرض للموضوع تحت عنوان : Dans quel délai l'action peut - elle être excércée ? بيدان ورودبير : حـ ١٢ بند ٢١٧ صـ ٢٣٨ ـــ ٢٤١ ، أوبرى ورو : بند ٣٧٤ صـ ٤١٢ ،كانتيلوب Délai décennale : السابق . صـ ١٤٠ - ١٦٨ تحت عنوان : " le délai de l'action en responsabilité decemale " بريكمونت : السابق من بند ١٢٩ صـ ١٣٧ إلى بند ١٣٥ صـ ١٤٩ : " Dureé de l' action en responsabilité " كاريلا : السابق . فصل I صـ ٤٩ : ٥٤ "A-Le délai De L'action" =

عالج الموضوعين في مكان واحد ،تأثرا بموقف المشرع الفرنسي ـ الذى سبقت الإشارة إليه [١٤] حالا ـ وما أدى اليه من الخلط بين الأمرين .

وسندنا في هذا التخصيص[١٥] بالنسبة للمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي ـ حجتان : منصوصة ومعقولة :

أما المنصوصة منها ،فهي أن نص المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي سالفة الذكر يقضى بأنه " إذا تهدم البناء ..... كليا أو جزئيا بسبب ...... كان المهندس المعماري والمقاولون مسئولين عن ذلك خلال عشر سنوات [١٧] "فذكر مدة العشر سنوات هنا جاء ضروريا ولا مناص منه ،لاكتمال عناصر الضمان [١٨] بحيث لو لم يشتمل النص على ذكر المدة لكان مشوها ،يأباه العقل ويمجه المنطق ،ولما اكتملت عناصر الضمان إذ لابد ـ عقلا ـ لأى ضمان من مدة يقوم فيها ،يبدأ ببدايتها

= وانظر عكس هذه المعالجة : ريموند سيجر : الذى عالج كلا من الأمرين على استقلال : الأول مدة الضمان "Le délai de dix ans من بند ٢٤ ص ٥٥ الى بند ٢٧ ص ٦٠ والثانى : دعوى الضمان De la durée de l'action en garantie من بند ١١٤ ص ١٦٣ إلى بند ١١٦ ص ١٦٩ ،ﻻلانسول وربيير وروإست: ح ١١ بند ٩٥٨ ص ٢٠٣ ومابعدها " Durée de la responsabilité " وبند ٩٥٩ ص ٢٠٥ الى بند ٩٦١ ص ٢٠٧ "Durée de l'action" وهو المسلك الذى فضلنا " .

(١٤) انظر الصفحة السابقة .

(١٥) أى تخصيص مدة العشر سنوات المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي بالضمان ،دون تلك المنصوص عليها بالمادة ٢٢٧٠ من ذات القانون حيث نرى تخصيصها بدعوى الضمان .

(١٦) أما بالنسبة للمادة ٦٥١ من القانون المدني المصري فليست في حاجة إلى بيان لوضوح معالجة المشرع المصري لهذا الموضوع في التقنين المدني الجديد .

(١٧) أنظر النص بالكامل باللغة الفرنسية فيما سبق ص ١٣٣ هامش ٢ بها .

(١٨) حتى أن هذا الضمان قد استمد تسميته " الضمان العشرى " من اشتمال النص على هذه المدة .

وينتهى بنهايتها ، أما ذكر مدة العشر سنوات فى المادة ٢٢٧٠ فلم يكن لتكوين الضمان ، أو إكمال عناصره وإنما كان بهدف بيان متى ينقضى هذا الضمان ، الذى سبق تقريره مكتملا بجميع عناصره فى المادة ١٧٩٢ ، ولعل عبارة النص قاطعة فى الدلالة على ذلك ، فهى تتحدث عن انقضاء ضمان معرف بأداة التعريف للمؤنث فى اللغة الفرنسية " la " أى ضمان معروف وقائم مكتمل الأركان والأوصاف ، وزيادة فى البيان أشارت فى عجزها إلى نص تقريره وهى المادة ١٩٧٢ .

خلاصة هذه الحجة : أن مدة العشر سنوات المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى هى ركن من أركان الضمان العشرى، لايمكنه القيام بدونها ، إذ الشئ يفوت بفوات ركنه ، فهى من كنهه وجوهره ، لذلك ، قلنا: إنها هى مدة الضمان . أما مدة العشر سنوات المنصوص عليها بالمادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ، فهى مدة انقضاء لهذا الضمان، والقاعدة أنه : لا انقضاء لما ليس له وجود ، إذن فهذه المدة لاتشكل ركنا من أركان الضمان ، ولاتدخل فى كنهه وجوهره ، وإنما هى أمر عارض له يترتب على فواتها انقضاؤه لا وجوده ، وفارق بين مايترتب عليه الوجود ، وما يترتب عليه الانقضاء .(١٩)

أما الحجة المعقولة : فقوامها القاعدة الأصولية التى تقضى بأن " المقام يحدد المقال " والمقام فى المادة ١٧٩٢ هو مقام تكوين الضمان وإنشائه ، لذلك كانت المدة فيها يحددها هذا المقام ، فتكون مدة وجود أو تكوين أو إنشاء لهذا الضمان ، ولذلك كانت خليقة بأن تكون هى مدة الضمان . أما المقام فى المادة ٢٢٧٠ فيقتضى الانقضاء والفناء والانتهاء ، أى مقام تقادم فتكون المدة المقررة بهذا النص محددة بهذا المقام ، أى أنها تكون مدة تقادم ، أو بعبارة أدق مدة سقوط لدعوى الضمان لامدة لوجود هذا

---

(١٩) قرب : ديفرجيه Durergier الإيجار حـ ٢ بند ٣٦٠ ، تستو Testoud المجلة الانتقادية ١٨٨٠ صـ ٢٥٧ ، مازو وچيجلان: دروس حـ ٣ بند ١٣٦٨ - ٣ صـ ٨٠٢ .

الضمـــــان ذاته . (٢٠)

ولاشك أن مثل هذا التفسير ،يجعل لكل من النصين مجال عمله، ويبرز الحكمة التشريعية من تقريره ،وإلا فهل من المعقـــول أن يقرر المشرع الفرنسى الضمان العشرى بشروطه وخصائصه فى المـــادة ١٧٩٢ ،ثم يأتى بتقرير ذات الضمان فى المادة ٢٢٧٠ ،دون أن يأتى بجديد أو يكون له قصد آخر ،غير قصد تقرير الضمان ذاته . وهـــل لو نص المشرع الفرنسى فى هذه المادة على مدة أقل أو أكثر مـــن مدة العشر سنوات لانقضاء هذا الضمان ،أكانت تقوم مثل هذه البلبلة فى الفقه والقضاء وهل يجوز أن يؤدى إليها مجرد الاتحاد فـــى تقدير المدتين ،رغم مايوجد بينهما - بخلاف المميز الزمنى - مـــن مميزات أخرى قوامها النص والعقل .

هذا عن تعيين مدة الضمان العشرى ،فى القانون المدنـــى الفرنسى (٢١) ،ويبقى الآن مطروحا للبحث بيان الطبيعة القانونية لهذه المدة .

يجمع الفقه والقضاء ،سواء على الساحة القانونية المصرية (٢٢)

---

(٢٠) انظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق .

(٢١) أما فى القانون المدنى المصرى فلقد كفانا المشـــرع مغبة هذا التعيين ،ووأد مثل هذا الجدل فى مهده ،بتعيينه - كما سبق أن قلنا - مدة للضمان (م ٦٥١) وأخرى لسقوط دعوى الضمـــان (م ٦٥٤) .

(٢٢) حامد زكى : " شرح القانون المدنى فى العقود المعينة" حـ ٢ ط ١ ١٩٤٥ بند ١٣٤ صـــ ١٧٣ ،محمد كامل مرسى : السابق بنـــد ٦٠٢ صـــ ٥٠٨ ،شنب : السابق بند ١٠٩ صـــ ١٢٩ ويشير سيادتـــه إلى ثروت أنيس صـــ ١٥ . السنهورى : الوسيط حـ ٧ -١بند ٦٧ صـــ ١٢٣ . العطار (عبد الناصر) السابق . بند ٥٢ - ٥ صـــــ ١٢٧ ، الدروى : رسالته ،صـــ ٢٢٨ ومابعدها ، عنبر : السابق بنـــد ١٦٤ /ح صـــ ٢٠٥ ،محمد ابراهيم دسوقى : مذكراته . صـــ ٣٨ ،ياقـوت : السابق بند ٦٨ صـ ١٦٤ ومابعدها ،شكرى سرور : السابق . بند ٢٤٣ صـــــ ٢٦٣ ومابعدها ،محمد حسين منصور : السابق صـــ ٨٢ .

أو على الساحة القانونية الفرنسية [٢٣] بأن مدة الضمان العشرى المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى ،هى مدة تجربة واختبار لمتانة البناء وصلابته ،وليست مدة تقادم ،ذلك أن كلا من المشرعين ،وقد قدر كافة الاعتبارات المختلفة المرتبطة بعملية تشييد المبانى، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى ،سواء منها ماتعلق بالاعتبارات الاقتصادية أو الأمنية ،الفردية أو الجماعية ،رأى ضرورة أن يفرض مدة معينة ،يظل خلالها المهندس المعمارى والمقاول مرتبطين بما شيداه ،مسئولين عما أقاماه ،مدة تكفى لأن يظهر خلالها ماحواه البناء أو المنشأ الثابت الآخر من عيوب وشوائب ،قد تؤدى إلى تهدمه كليا أو جزئيا ،أو تهدد متانته وسلامته ،أو تجعله غير صالح لتحقيق الهدف الذى شيد من أجله .

وبعبارة أخرى ،فإن كلا من المشرعين ،وقد أدرك الأهمية البالغة للمبانى والمنشآت الثابتة الأخرى ،أراد أن يجبر كلا من

---

(٢٣) انظر على سبيل المثال : مينفيبل : رسالته • بند٢٦٨ صـ ٣١٣ ،بيدان ورودبير : حـ ١٢ بند ١٢٧ صـ ٢٣٨ سانت موريس رسالته • صـ ١٠٩ ومابعدها ،أوبرى ورو واسمان : بند ٣٧٤ صـ ٤١٢ ،دالوز المفهرس ط ١ ١٩٥٢ بواسطة مينفيبل من بند ٢٠٢ إلى بند ٢٠٨ ،بلانيول وروبير ورواست • حـ ١١ بند ٩٦٠ صـ٢٠٦ كانتيلوب السابق ،صـ ١٦٥ ومابعدها لاسيما صـ ١٦٧ حيث تقرر فيها إجماع الفقه والقضاء على هذه المسألة •
وفلام ولوباف : السابق • بند ٦٤٥ صـ ٣٦٤ ،سانت ألارى : السابق صـ ٦١٠ - ٦١١ ،فوسيرو : مقالها السابق د ـ ٢٢ • بريجيت هورين برليوز : مقال : " مسئولية معمارى المساكن فى القانون الفرنسى " منشور فى : Rev. Juridique Thémis ١٩٧٧ - ٣ صـ ٤٦٢ ،بوبلى : السابق ،بند ٤١٤ صـ ٢٦٢ ،كاريلا: مقاله "la reconnaissance de responsabilité des constructeurs condition d'existence et effets " ." G.P ١٩٧٨ - ٢ صـ ٣٤٧ فقه خصوصا صـ ٣٥١ عمود ٢ حيث يقرر:
"En réalité, le délai décemal recouvre 2 délais distinctes 1. undélai d'épreuve de la solidité de l'immeuble et de La bonne exécution des travaux"
وانظر حكم مجلس الدولى الفرنسى فى ٣ من يناير ١٨٨١ ليبون صـ ٢٩،سيرى ١٨٨٣ - ٣ صـ ٣٤ ،الذى قرر صراحة أن مدة الضمان هى مدة تجربة وليست مدة تقادم
c'est un délai d'épreuve de la bonne exécution de travaux et de la sdidité des construction =

المهندس المعماري والمقاول على أن يبذلا كل مافي وسعهما من علم وفن وخبرة عملية ،لتسليم ماكلفا بتشييده من مبان ،أو إقامته من منشآت ثابتة أخرى ،خاليا من العيوب ،سليما من النقائص ، صالحا لتأدية مانيط به من هدف وماأسند إليه من غرض . فيتحقق بذلك الصالح الخاص والعام (٢٤) . فرأى أن خير وسيلة يحقق بها هذا الإجبار هي أن يجعلهما مرتبطين بما عملاه مسئولين عنه ،طيلة المدة الكافية لتجربته واختباره ،فإذا ماانقضت هذه المدة ،دون أن يحدث في البناء ،أو المنشأ الثابت الآخر تهدم كلي أو جزئي ،أو يظهر عيب معتبر فيه ،برئت ساحتهما وانقضت مسئوليتهما .

على أن القول بأن مدة الضمان هذه هي مدة تجربة واختبار لسلامة البناء ومتانته وخلوه من العيوب والنقائص ،وليست مدة تقادم بالمعنى الفني لهذا اللفظ سوف يترتب عليه ،بالضرورة عدم اخضاعها لما يخضع له التقادم من وقف أو انقطاع . (٢٥)

= وأيضا في ١٩٥٤/٥/٢٨ A.J.D.A. ١٩٥٤ - ٢ ص ٣٤٢ ،وفي ٢٣ من يناير ١٩٥٩ نفس المجلة ١٩٥٩ - ٢ - ص ٩٢ ،نقض مدني فرنسي في ١٩٣١/١٠/٢٦ د . ١٩٣١ ص ٥٦٩،في ١٩٥٦/١١/١٤ د . ١٩٥٧ المختصر ص ٤١ ،في ١٩٧٠/١١/٢٦ بميلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٦٣٥ ص ٤٦١ ،في ٨٠/٣/١٨ بينتان ، ١٩٨٠ - ٣ رقم ٦٢ ص ٤٤ . ص اكس في ١٩٢٧/٣/١٤ ،بوردو في ١٩٢٨/٥/٦ ،باريس في ١٩٢٨/١٢/١٥ د . ١٩٣٠ - ٢ ص ١٦١ تعليق مينقبيل ،فيم ١٩٣٥/١١/١٣ سيري ١٩٣٥ - ٢ ص ١٠٧ ،بوتيه في ١٩٥١/١٢/١٩ د . ١٩٥٢ ص ٦٤،باريس في ١٩٥٣/١٢/١٦ د . ١٩٥٤ ص ٨٠، G.P ١٩٥٤ - ١ ص ١٣٣ ،

(٢٤) راجع في ذلك . ياقوت : المرجع السابق بند ١٥٠ ص ٢٠٢ .

(٢٥) انظر في وقف التقادم وانقطاعه : محمد علي عمران المرجع السابق . من ص ٥٥ : ص ١٠٢ ،اسماعيل غانم المرجع السابق . ص ٤٤٣ : ٤٥٠ ،أنور سلطان : المرجع السابق ص ٤٣٨، ٤٣٥ .

فمدة الضمان سالفة الذكر ،لاتوقف (٢٦) ،ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقوقه ،سواء كان هذا المانع ماديا كقيام حرب أو ثورة ،ترتب عليها انقطاع المواصلات ،فاستحال على رب العمل أن يتخذ الإجراءات القضائية للمطالبة بحقه ،أو كان المانع أدبيا ،كعلاقة الإبن بأبيه أو الزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية ،كذلك لاتوقف مدة الضمان ،ولو كان رب العمل غير كامل الأهلية ،أو غائبا أومحكوما عليه بعقوبة جناية ،وليس له نائب يمثله قانونا (٢٧) .

وكما أن مدة الضمان لاتوقف بأسباب الوقف التى يوقف بها

---

(٢٦) حامد زكى : السابق . بند ١٣٤ صـ ١٧٣ ،محمد كامل مرسى : السابق بند ٦٠٢ صـ ٥٠٧ ومابعدها . شنب : السابق . بند ١٠٩ صـ ١٢٩ ،ياقوت السابق . بند ٦٨ صـ ١٦٤ ومابعدها . وانظر من الفقه الفرنسى : جوسران : حـ ٢ بند ١٢٩٦ ،مينفيل : رسالته : بند ١٦٨ صـ ٢١٣ ،سانت موريس : السابق صـ ١٠٩ ومابعدها ،فلام ولوباف : السابق بند ٦٤٥ صـ٣٦٤ فوسيرو : مقالها السابق صـ ٢٢ عمود ١ .
كاريلا : المرجع السابق . فصل I صـ ٤٩ وانظر من القضاء الفرنسى : نقض مدنى فرنسى : فى ١٩ / ١٢ / ١٩٥١ د . ١٩٥٢ صـ ٦٤ وفى ٨/ ٣ / ١٩٨٠ بيلتان ١٩٨٠ - ٣ رقم ٦٢ صـ ٤٣ ،نقض فى ٤ / ٦ ١٩٧٠ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٣٧٥ صـ ٢٧٣ ،د . ١٩٧٠ صـ ٦٧٤ ،فى ٢٦ / ١١ / ١٩٧٠ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٦٣٥ صـ ٤٦٠ د. ١٩٧١ الموجز صـ ٩٣ ؛ ٣ / ١١ / ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١ - ٣ رقم ٥٣٥ صـ ٣٨٢ مجلس الدولة الفرنسى فى ٩ / ١ / ١٩٥٣ مج ليبون صـ ١٠؛ ١ / ٧ / ١٩٥٩ A.J.D.A ١٩٥٩ - ٢ رقم ١٩٨ صـ ٢٢٥ ،وانظر س نامور ببلجيكا فى ٣٠ / ١١ / ١٩٢٢ المحاماة : حـ ٥ عدد ٢ رقم ١٧٦ صـ١٧٥ "المهندس المعمارى والمقاول مسئولان عن خلل البناء فى مدة عشر سنين بمرورها يسقط الضمان الذى قيدهم به القانون . معنى هذا أن مسئولية المهندس المعمارى والمقاول لايسرى عليها حكم التقادم بالمعنى المعروف قانونا ،فإذا صدر أمر عال بإيقاف مدة التقادم بسبب الحرب فلايسرى هذا الأمر على مدة الضمان للمقاول والمهندس المعمارى ،لأن الشارع جعل مدة السنوات العشر أجلا تمتد فيه مسئولية المهندس والمقاول ومدة الحرب ليس لها تأثير مطلقا على هذا الأجل لأن الزمن يجرى بطبيعته ،فلا يؤثر فى أصل المسئولية وجودا وعدما فمدة العشر سنوات التى نص عليها القانون ليست من قبيل أحوال التقادم ،وإنما هى مهلة ضربها الشارع لانتهاء أجل الضمان" بواتييه فى ١٣ / ١٢ / ٥١ سابق ،باريس فى ١٦ / ١٢ / ٥٣ سابق، ميتز المدنية الجزئية فى ١٩٥٢/٦/١٩ J.C.P ١٩٥٢ - ٤ صـ ١٦١.

(٢٧) أنظر فى أسباب وقف التقادم : اسماعيل غانم : السابق =

التقادم عادة ،فهى كذلك لايرد عليها الانقطاع الذى يرد على التقادم . (٢٨)

أما مايقول به الفقه والقضاء الفرنسيان من انقطاع المدة العشرية فى حالتين فقط ،هما :حالة رفع الدعوى الموضوعية من قبل رب العمل على المهندس المعمارى والمقاول ،وكذا حالة إقرار هذين الأخيرين بحق الأول فى الضمان (٢٩) ،فليس المقصود بالمدة العشرية فى هذا الخصوص ،هى مدة الضمان ذاتها ، وإنما المقصود بذلك ،هى المدة العشرية منظورا إليها باعتبارها مدة سقوط

= ص ٤٤٣ ومابعدها ، البدراوى : النظرية العامة للالتزامات ح ٢ أحكام الالتزام ط ١٩٧٣ بند ٤١٥ : ٤٢٤ ص ٤٤٠ - ٤٤٧ .

(٢٨) السنهورى : الوسيط ح ٧/١ بند ٦٧ ص ١٢٣ ، العطار : السابق، بند ٥٢ / ٥ ص ١٢٧ ، الدورى : السابق ،ص ٣٤٠ أوبرى ورو : السابق بند ٣٧٤ ص ٤١٢ هامش (٣١ -٢) بلانيول وريبيروروواست ح ١١ بند ٩٦٠ ص ٢٠٦ ،بيتر : السابق ،ص ١٦ كانتيلوب : السابق ص ١٦٧،فوسيرو : الهامش الأسبق ،نقض مدنى فرنسى فى ٥ / ٦ / ١٨٨٣ سيرى ١٨٨٤ - ١ ص ٤٩ د. الدورى١٨٨٣ - ١ ص ٣٧٣ وفى ٢٠ / ٢ / ١٩٦٩ بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ١٥٨ ص ١٢٠، وفى ١٩٧٠/٦/٤ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٣٧٥ ص ٢٧٣ وفى ١٩٧٥/١٠/٢٧ بيلتان ١٩٧٥ - ٣ رقم ٣٠٧ ص ٢٣٣ : J.C.P. ١٩٧٥ - ٤ ص ٣٧١ وفى ٨ /٣/ ١٩٨٠ بيلتان ١٩٨٠ - ٣ رقم ٦٢ ص ٤٣ استئناف بوردو فى ٢٩ / ٤ / ١٩٤١ G.P. ١٩٤١ - ٢ ص١٣٧، باريس فى ١٩٥٣/١٢/١٦ د. ١٩٥٤ ص ٨٠ وانظر فى أسباب انقطاع التقادم محمد على عمران : المرجع السابق ،من ص ٧٥ / ٩٤ ،محمود جمال الدين زكى : نظرية الالتزام ،ح ٢ أحكام الالتزام ط ١٩٧٤ بند ٢٥٩ : ٢٦٠ ص ٢٦٤ : ص ٢٧٠ ،وانظر فى الإقرار بمسئولية المعماريين . شروطه وأثاره . كاريلا : مقاله السابق G.P. ١٩٧٨ ص ٣٤٧ ومابعدها .

(٢٩) انظر من الفقه الفرنسى على سبيل المثال : مازو: مطول المسئولية : ح ٢ بند ١٠٧٠ - ٢٣ ص ١٣١ فو سيرو : مقالها السابق ص ٢٢ عمود ١ ،٢ روسيل : السابق A48 كاريلا : مقاله السابق ص ٣٤٧ ومابعدها .
ومن القضاء الفرنسى على سبيل المثال أيضا :نقض مدنى (الدائرة الثالثة) فى ٣ / ٧ / ١٩٦٩ ،بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٥٤٢ ص ٤٠٦ ، س باريس فى ١٦ / ١٢ / ١٩٥٣ د . ١٩٥٤ ص ٨٠ اما التكليف بالحضور أمام القضاء المستعجل فلا يقطع المدة ،نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٧/١١/٢٨ د. ١٩٦٨ ص١٩٩ وانظر بالنسبة للإقرار بالمسئولية من جانب المدين بالضمان : نقض مدنى (الدائرة (٣) فى ١٩٦٩/٢/٢٠ =

لدعوى الضمان [٣٠] وليس باعتبارها مدة الضمان ذاتها ،فهذه الاخيرة - كما رأينا - هى مدة تجربة واختبار لمتانة البناء وصلابته ،لايتصور بشأنها وقف ،كما لايرد عليها انقطاع .

ولاشك أن ما أدى إلى هذا الالتباس فى الأمر ،هو توحيد المشرع الفرنسى بين مدة الضمان [٣١] ،ومدة سقوط دعواه ،[٣٢] سواء من حيث المقدار [٣٣] ،أو من حيث تاريخ البدء فى السريان . [٣٤]

ومما تجدر الإشارة إليه ،أنه لامحل لوجود مثل هذا اللبس، على الساحة القانونية المصرية ،ذلك أن المشرع المصرى قد غاير منذ البداية ،مغايرة تامة ،بين مدة الضمان ذاتها ومدة سقوط دعواه فحين جعل الأولى - كما رأينا - عشر سنوات [٣٥] ،تبدأ اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل [٣٦]، نص على أن الثانية قدرها ثلاث سنوات ،تبدأ اعتبارا من وقت حصول التهدم

= بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ١٥٨ ص ١٢٠ س.روان فى ١٩٦٨/١١/١٤ G.P. ١٩٦٩ - ١ المخلص ص ١٧.

(٣٠) انظر فى هذا المعنى بوضوح تام من الفقه المصرى : ياقوت المرجع السابق : بند ٦٩ ص ١٦٩ ومابعدها ،ونعتقد أن هذا هو مايراه أيضا الأستاذ الدكتور فكرى سرور.المرجع السابق بند ٣٤٣. ص ٢٦٧ : ٢٦٩ .

(٣١) م ١٧٩٢ . مدنى .

(٣٢) م ٢٢٧٠ . مدنى .

(٣٣) عشر سنوات فى كل .

(٣٤) اعتبارا من تاريخ التسلم .

(٣٥) م ٦٥١ مدنى فقرة أولى : " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى"

(٣٦) م ٦٥١ مدنى فقرة ٣ " وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل "

أو انكشاف العيب [٣٧] .

هذا ولايخفى على ذى قدر من بصر رجحان مسلك المشرع المصرى فى هذا الخصوص؛ ذلك المسلك الذى يعفى رب العمل من الحرج ،ويجعله يستفيد بمدة الضمان كاملة ،وحتى آخر لحظة فيها ،وذلك على خلاف مسلك المشرع الفرنسى ،الذى يوقع فى الحرج رب العمل ،ويفوت عليه الاستفادة من بعض مدة الضمان ،وإن ضؤلت وذلك فيما لو كان قد حدث التهدم أو انكشف العيب المعتبر فى اليوم المتمم لمدة العشر سنوات [٣٨] . ففى هذه الحالة ،سوف يتعذر على رب العمل مباشرة دعوى الضمان ،وبذلك تكون قد فاتت عليه الحماية [٣٩] التى أراد المشرع إسباغها عليه . [٤٠]

وإذا كانت مدة الضمان على هذا الوصف ،مدة محددة سلفا حتمية السريان ،لاتوقف ولاتنقطع ،بمعنى أنها مدة سقوط ،لامدة تقادم ،فإن هذا الذى قد انتهينا إليه سوف يقتضينا بالضرورة

---

(٣٧) م ٦٥٤ مدنى " تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب " .

(٣٨) أو قبل ذلك بيوم أو أكثر وكانت المدة الباقية عطلة رسمية ،بحيث لايستطيع رب العمل أن يباشر فيها دعوى الضمان.

(٣٩) وبقدر المدة مابين تحقق سبب الضمان وانتهاء مدة دعوى الضمان (أى مدة العشر سنوات)

(٤٠) انظر فى نفس المعنى من الفقه المصرى محمد ابراهيم دسوقى : مذكراته السابقة ص ٣٨ : ياقوت : المرجع السابق بند ٧٢ ص ١٧٢ ومابعدها وهامش ٣٩٥ ص ١٧٣ شكرى سرور المرجع السابق . بند ٢٢٦ ،٢٢٧ ص ٢٥٢ ومابعدها . وانظر أيضا الدورى: رسالته السابقة ط ١٩٨٥ ص ١٩٣ : ١٩٥ وانظر من الفقه الفرنسى على وجه الخصوص: سان موريس : رسالته السابقة ص ١٠٦ حيث يقرر
" La loi " Omnes" ne permet pas d'affirmer que garantie et action n'avaient qu'un même délai"
بيدان ورودبير : المرجع السابق بند ٢١٧ ص ٢٣٩ الذى يصف هذا المسلك من المشرع الفرنسى بعدم المنطقية حيث يقرر :
"a" Illogique : elle l'est parce qu'on n'a jamais vu une prescription couris contre quelqu'un qui ne peut pas agir"
الأساتذه مازو : المطول ح ٢ بند ١٠٧٠- ٢٣ ص ١٢٩ ومابعدها حيث يقرر الأساتذه .
"Ainsi les règles de la prescription se trouvent modifiées à l'avantage des architectes et entrepreneurs ce qui n'était pas le désir des redacteurs du code civil"

الحديث عن مدى جواز الاتفاق مقدما على إطالة المدة أو إنقاصها، أو التنازل عنها بعد ثبوت الحق فيها ،وكذلك سلطة القاضي في مراعاتها ،ولو لم يتمسك بها صاحب الحق فيها .

ولما كان فيصل القول في هذه المسائل الثلاث هو بيان مدى تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام ،ولذلك فإننا نرى - تمهيدا لبحث هذه النقاط الثلاث - أن نبين أولا مدى تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام ،ثم على ضوء هذا البيان يتم بحث كل من هذه النقاط .

***

" المطلـــــب الثـالث "

تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام وأثره

إذا كان ليس ثمة فارق الآن، بين كل من القانونين المصرى والفرنسى، فيما يتعلق بخضوع مدة الضمان العشرى لأحكام النظام العام، إلا أن الأمر لم يكن كذلك فيما مضى وحتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٨٧، [١] الصادر بالإصلاح الشامل لأحكام المسئولية والتأمين فى مجال التشييد والبناء ؛ ذلك أن التشريع المصرى كان أسبق تطورا فى تعليق مدة الضمان العشرى بالنظام العام، من التشريع الفرنسى، الذى لم يلحق به فى هذا الخصوص إلا بهذا الإصلاح الأخير .

وعلى ذلك نرى دراسة موقف كل من التشريعين، بالنسبة لمدى تعليق مدة الضمان [٢] العشرى بالنظام العام، فى نبذة مستقلة على أن نردفهما بثالثة، نعرض فيها النتائج القانونية لهذا التعلق .

النبذة الأولى : مدى تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام فى القانون المصرى .

النبذة الثانية : مدى تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام فى القانون الفرنسى .

النبذة الثالثة : أثر تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام .

---

١ - أى حتى اول يناير سنه ١٩٧٩ انظر فى تاريخ سريان هذا القانون : ليت - قو: مقال بعنوان :
" La loi du 4 janvier 1978: Deux régimes paralleles de responsabilité des constructeurs ? " G.P. 1979-1,p. 149 et s

النبذة الأولى : مدى تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام فى القانون المدنى المصرى :

تقضى المادة ٦٥٣ من القانون المدنى المصرى الجديد بأن " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه " (٢)

وقد جاء فى مذكره المشروع التمهيدى ، عن مقابل هذه المادة بالمشروع المذكور(٣) " أنها تبررها اعتبارات الوقاية العامة ، التى اقتضت الاستثناءات المقررة بالمواد من ٨٩٤ :٨٩٦" (أى من المشروع المذكور)(٤)

ولقد اعترض على هذا النص عند مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (آنذاك) بحجة أنه " يجعل البطلان هنا من النظام العام " إلا أنه قيل تبريرا لذلك (٥) أنه لو حذف هذا النص ، سيلجأ المهندسون والمقاولون إلى تضمين عقودهم نصوصا تعفيهم من المسئولية ، والمراد بالمادة حماية طبقة لا يفهمون فى مسائل البناء " .(٦)

---

(٢) لم يتضمن القانون المدنى السابق نصا مماثلا لهذه المادة ، بل كان يجرى على نهج القانون الفرنسى فى صياغته الأصلية سنة ١٨٠٤

(٣) وهى الفقرة الثانية من المادة ٨٩٩ من المشروع التمهيدى والتى كانت تجرى على النحو التالى " ٢ - أما فى المقاولات الكبيرة فيكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان المقرر بمقتضى المواد ٨٩٤ - ٨٩٦ وكذلك كل شرط يقصد به الحد من هذا الضمان "

(٤) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٥ ص ٢٩ " مذكرة المشروع التمهيدى "

(٥) أى تبريرا لجعل البطلان هنا من النظام العام .

(٦) الأعمال التحضيرية ، جـ ٥ ص ٢٩ : ٣٠ .

وعلى ذلك ، فلا يداخل الباحث شك - إزاء صراحة هذا النص، ومبررات صوغه (٧) على هذا النحو ، كما جاءت بها الأعمال التحضيرية ، على الوجه السالف بيانه - في أن المشرع المصرى إنما أراد بذلك اخضاع أحكام هذا الضمان في مجموعها للنظام العام بما في ذلك المدة العشرية ذاتها باعتبارها من أجلى هذا الأحكام وأظهرها .(٨) وهذا هو ما انعقد عليه إجماع الفقه المصرى(٩).

ولاشك ، أن المشرع المصري في مسلكه هذا كان مستفيدا مما دار من خلاف فقهى على الساحة القانونية الفرنسية فيما يتعلق بمدى خضوع أحكام هذا الضمان للنظام العام ، فجب بذلك كل ذريعة توصل إلى مثل هذا الخلاف على الساحة القانونية المصرية ، واختار جانب تأكيد هذه الحماية القانونية لرب العمل وتثبيتها ، وأوصد في وجه الأطراف - سيما الطرف القوى - كل باب يوصل إلى التفلت منها أو الهروب من تطبيق أحكامها .

وبهذه السياسة التشريعية الحكيمة ، حقق المشرع المصرع مقصده وتوصل إلى غايته مبتغاه ، فبدون هذا المسلك لم تكن تلك الحماية متيقنة ، ولانسلت الفاعلية من أحكامها ، وذهبت الشروط الاتفاقية - وبعبارة أدق وأوقع الشروط المملاة - بكل أثر مقصود منها ، والعقل السليم لايقول بغير ذلك ، والمنطق الرشيد يأبى مع غيره اتفاقا ، إذ كيف يقفل باب ،ويعطى لمن أوصد مي وجههم

(٧) أنظر القاموس المحيط . جـ٣ ص ١١٤ باب الغين فصل الصاد .

(٨) حتى أنه سمى منسوبا إليها " الضمان العشرى " .

(٩) انظر من ذلك : محمد كامل مرسى : المرجع السابق بند ٦٠١ ص ٥٠٤ وما بعدها، أبو علم : المقال السابق ص ٣٠ - ٣١ شنب : المرجع السابق ، بند ١٢٠ ص ١٤٤ ، الدورى : رسالته السابقة ط ١٩٨٥ . ص ١٩٨ وما بعدها ، ياقوت : المرجع السابق : بند ١٤٥ ص ٢٥٢ وما بعدها . شكرى سرور : المرجع السابق بند ٢٤٢ ص ٢٦٦ وما بعدها وبند ٢٩١ ص ٣١٧ وما بعدها ،محمد حسين منصور: المرجع السابق . ص٨٢ وانظر .ن مختلط . فى ٢٧ يناير من ١٩٠٧ م ١٦ ص١١٧ مشار إليه أيضا فى ياقوت هـ٥٩٦ ص ٢٥٤

مفتاحه ، أو ينسد طريق وفي يد المارة سبيل مجازه ، ولاشك أن الأعمال التحضيرية ناصعة البيان في ذلك . (١٠)

النبذة الثانية : مدى تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام فى القانون المدنى الفرنسى :

سكت المشرع الفرنسى عن سيان ذلك منذ تقنينه للمجموعة المدنية سنه ١٨٠٤ وحتى صدور هذا الإصلاح الشامل لأحكام هذه المسئولية بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر، وإزاء هذا الصمت من جانب المشرع الفرنسى طيلةهذه الفترة التى تناهز القرنين من الزمان ، فقد تفرق الرأى فى هذا الخصوص فى اتجاهين متباعدين ، بين منكر ومؤيد ، ولاشك أن لكل حججه وأسانيده .

ويستند المؤيدون (١١) إلى الطابع الاستثنائى أو القانونى لأحكام هذه المسئولية الخاصة . ذلك الطابع الذى يتضح من الخروج بمقتضى النصوص الصريحة ، على أحكام القواعد العامة فى عقد المقاولة بصفة عامة ، وذلك بجعل المهندس المعمارى والمقاول مسئولين عما يحدث من تلف فيما يشيدانه من مبان ، ولو كان ذلك التلف راجعا إلى عيب فى الأرض ذاتها ، وذلك لمدة عشر سنوات اعتبارا من تاريخ التسلم . (١٢)

---

(١٠) راجع ج ٥ ص ٣٠ .

(١١) وهو الرأى الغالب فى فقه القانون الخاص والقضاء المدنى الفرنسى . انظر الفقه والقضاء المشار إليهما فى الهوامش التالية .

(١٢) بلا نيول وريبير ورواست : ج١١ بند ٩٤٧ ص ١٨٦ : ١٨٨، بند ٩٥٧ ص ٢٠١ وما بعدها ، فلام ولوباف : المرجع السابق ، بند ٦٣٩، ص ٣٦١ وما بعدها ، ومن بند ٦٥١ : ٦٥٤ ص ٣٦٧: ٣٦٨، فوسيرو: مقالها السابق : ص ١٧ ، ص ٢٢ ، سانت آلارى : المرجع السابق ص ٦١٢. ويقرر بوبلى (المرجع السابق ، بند ٣٥٧ ص ٢٢٦) معترضا ، أن هذا القول كان نتيجة للخطأ الذى ارتكبه Colmet de Santerre =

كما استند البعض ، أيضا ، إلى أهمية هذه الأحكام بالنسبة للأمن العام والسكينة العامة للمواطنين ، والمحافظة على أرواحهم وأموالهم ، وما يقدمه كل ذلك من حماية قانونية للصالحين العام والخاص ، وأن القول بغير ذلك سوف يفوت تلك الحماية التى أراد المشرع إسباغها على رب العمل ، ويعرض أمن المواطنين وسلامتهم للخطر ، وأموالهم وممتلكاتهم للضياع (١٣) وهذا هو ما أكدته الأعمال التحضيرية للمادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فى صياغتها الأصلية سنه ١٨٠٤ (١٤) وما تؤكده دائما أحكام القضاء المدنى الفرنسى (١٥)

= الذى اعتبر أن أحكام الضمان العشرى ذات طابع استثنائى

L' opinion exprimée est probablement la consequence de l'erreur commise par Colmet de Santerre qui .. a considéré que la garantie décennale était exceptiomelle"

(١٣) نيجر : رسالته السابقة بند ٢٧ ص ٥٩ : ٦٠ وبند ٢٩ ص ٦٢ : ٦٣ وبند ١٢١ ص ١٧٩ : ١٨٢ ، سان موريس : رسالته السابقة ص ٥٠ وما بعدها ، بيدان ورودبير : المرجع السابق ، جـ ١٢ بند ٢٠٣ ص ٢٢٤ ص ٢٢٨ ، بلانيول وريبير ورواست : السابق جـ ١١ الهامش السابق ، بريكمونت : المرجع السابق ، بند ٧٥ ص ٨٠ : ٨١ ، بند ٧٨ : ٨٠ ص ٨٤ : ٩١ ، فلام ولوباف : المرجع السابق بند ٦٥١ ص ٣٦٦ وما بعدها ، وبند ٦٦١ ص ٣٧١ ، مازو : المطول ، جـ٢ بند ١٠٧٠ - ٢٥ ص ١٣٧ ، وما بعدها مازو وجيجلر : دروس ، جـ ٣ بند ١٣٧٧ ص ٨٢٧ ، ٨٢٨ كاستون مقاله السابق ، ص ١٠٧ عمود ١ ، والمرجع السابق ، بند ٣٣ ، ٢٤ ص ٢٦ : ٢٨ وبند ٩٢ ص ٢٦٧ دافيد كونستانت بمقاله السابق بند ١١ ص ١٧٠ وما بعدها ، بارين : مقاله السابق ص ٣٧٧ ، بوليو : مقاله السابق ص ٨١ .

(١٤) انظر ما استشهد به الفقهاء الفرنسيون من نقول عن الأعمال التحضيرية للماده المذكورة فى هذا الخصوص بمينيفيل السابق هامش ٧٦٠ ص ٢٢٥ ومابعدها ، بيدان ورودبير : السابق بند ٢٠٣ ص ٢٢٥ ، بلانيول وريبيرورواست : الهامش السابق ، ص ٢٠٢ هامش ابها ، بريكمونت : السابق ، بند ٧٥ ص ٨٠ ، ٨١ .

(١٥) من ذلك على سبيل المثال : نقض مدنى (١) فى ١٣/١١/١٩٦٧ د ، ١٩٦٨ ص ١٠٤ A.J.P.L ١٩٦٨ رقم ٦٠ ص ٣٢١ تعليق كاستون ، ونقض مدنى (٣) فى ٧ / ٥ / ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١ - ٣ رقم ٢٨٥ ص ٢٠٥ ج C.P ١٩٧٢ - ٢ - ١٦٩٩٢ تعليق ، ليت - ثو ، د ، ١٩٧٢ الموجز ص ٦ وفى ١٢ / ١١ / ١٩٧٥ د ، ١٩٧٥ I.R ص ٢٣ ، وانظر القضاء البلجيكى المشار إليه فى فلام ولو باف : السابق بند ٦٥١ ص ٣٦٦ .

حين أن فقه القانون الإدارى [١٦] وقضاء مجلس الدولة الفرنسى [١٧] لايريان تعليق أحكام المسئولية العشرية ومن باب أولى مدة الضمان فيها ، بالنظام العام ويرتبان على ذلك كافة آثاره

أما المنكرون لإسباغ طابع النظام العام على أحكام هذه المسئولية الخاصة ، أو الضمان العشرى ، فيستندون فى ذلك - وعلى عكس ما يقول به المؤيدون - إلى سلب الطابع الاستثنائى أو القانونى من هذه الأحكام ، والقول بأنها مجرد تطبيق عادى للقواعد العامة فى المسئولية العقدية ، إذ أنها فى النهاية عبارة عن جزاء على عدم تنفيذ كل من المهندس المعمارى المقاول وغيرهما من المعماريين لالتزاماتهم الناتجة عن عقد المقاولة المبرم بين كل منهم وبين رب العمل ، أو تنفيذ تلك الالتزامات ، تنفيذا معيبا .[١٨] ومع ذلك فإن القائلين بهذا الرأى لا ينكرون الطابع الاستثنائى للمدة العشرية ، إذ يرون فيها الحكم الوحيد الذى يخرج عن نطاق القواعد العامة .[١٩]

---

(١٦) كانتيلوب : السابق • ص ١٦٥ وما بعدها حيث تقرر
Nous avons déjà indiqué que les marchés de travaux publics pouvaient stipuler un délai de responsabilité plus Long ou plus court, que le délai habituel, de la responsabilité décennale n'étant pas d'ordre public, elle peut étre modifiée dans sa durée comme dans son étendue"
وأنظر فى نفس المعنى : جابولد : المقال السابق • بند ٦ مودرن المقال السابق M.T.P عدد ١٩٧٨/٣/٢٧ ص ٢٤:٢٥

(١٧) فى ١٨٨١/١/٣ ليبون ص٩٢ (مدة الضمان ٢٠ سنة) فى ١٩٠٣/٢/٦ ليبون ص ١٠٥ (مدة الضمان ٧ سنوات) وفى ١٩٢٧/١/٢١ ليبون ص ٩٤ (مدة الضمان سنة فقط) وفى ١٩٦٢/٥/١٨ ليبون الفهرسى ص ١٠٢٤ ، A.J.D.A ١٩٦٣ ص ٢٨ تعليق Nicolay ، ص ٣٢ تعليق Dr. adem J.B ١٩٦٢ رقم ٢١٨ ص ٠٤٣ وفى ١٩٦٥/١١/٥ ليبون ص ٩٠ ، وفى ١٩٦٨/١١/٢٠ ، ٦٩/٣/١٤ A.J.D.A ١٩٦٩ رقم ١٥٦ ص ٢٨٥ تعليق مونتميرل •

(١٨) بودرى وفال : جـ ٢ بند ٣٩٤٢ ، سوان : المرجع السابق جـ٢ بند ٣٧ ص ٥٦٢ ، بويلى : المرجع السابق ط١ ١٩٧١ بند ٥٧ ص ٣٣ ، وما بعدها ط ١٩٧٩ بند ٣٥٨ ص ٢٢٦ ، وما بعدها •

(١٩) بوبلى : الهامش السابق ص ٢٢٦ •

كذلك فإن أصحاب هذا الرأى يذهبون إلى أن أحكام هـــــذه المسئولية قصد بتقريرها فقط حماية صالح رب العمل لجهله بقواعد الفن المعمارى وعدم قدرته على اكتشاف ما بالبناء من عيوب عند التسلم إما بسبب عدم إلمامه بتلك القواعد، أو لأن هذه العيـــوب لا تكون ماثلة للاكتشاف إلا بعد فوات وقت معين ، أما المصلحـــة العامة فلا تحميها هذه الأحكام ، وإنما تحميها أحكام المسئوليـــة التقصيرية مدنيه كانت أم جنائية ، بدليل أن أحدا لم يقل قـــط، بأن ضمان بائع السيارات يتعلق بالنظام العام، مع أن سلامـــــة مستعمليها وسلامة العامة دائما مهددة بالخطر.(٢٠)

ولقد حل مشرع ١٩٧٨ هذه المشكلة - التى هى فى الحقيقـــة على قدر كبير من الأهمية - بإصلاحه التشريعى الشامل لأحكام هـــذه المسئولية، الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكـــــر، منحازا إلى جانب الفريق الأول من الفريقين المصطرعين ، حيث نص فى المادة ١٧٩٢ - ٥ المستحدثة بهذا القانون على أن " كل شـــرط يتضمنه العقد ، يكون من شأنه أن يستبعد أو يحد من المسئوليـــة المنصوص عليها بالمواد ١٧٩٢، ١٧٩٢ - ١ ، ١٧٩٢ - ٢ - أو ، أن يستبعد أو يحد أيضا من الضمان المنصوص عليه بالمادة ١٧٩٢ - ٣. .. يعتبر كأن لم يكن " (٢١)

وبذلك ، يكون المشرع الفرنسى قد فصل فى هذا الأمر بنـــص صريح وقاطع ، فأغلق بذلك كل باب لخلافه وسد كل ذريعة لتفلت أو هروب

(٢٠) انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى الهامش الأسبق ميشيقيل : رسالته السابقة، من بند ٢٨٣ ص ٢٢٤ : بند ٢٨٨ ص ٢٣١ مالنفو وجستاز : المرجع السابق بند ١٠٨ ، ص ١٣٥ . حيث يذهب الفقيهان إلى أنه يستحسن أن يكون منع شروط الإعفاء أو الحد من المسئوليـــة مستندا ليس إلى تعلق أحكامها بالنظام العام وإنما إلى أن المهندس المعمارى والمقاول وغيرهما من المعماريين يعتبرون مهنيين ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو الحد من مسئوليتهم ، وانظر فى التعليـــق على هذا الرأى بوبلى السابق بند ٣٥٩ ص ٢٢٧.

(٢١) Art. 1792-5(L. 78-12 du 4 janv. 1978 " Toute clause d'un contrat qui a pour abjet . soit d'exclure ou de limiter la responsdulité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792, scit d'exclure la garantie prévue à l'article 1792-3 ou d'en limiter la portée ..., est réputée non écrite"

من أحكام هذه المسئولية الخاصة ، فتوحد الحل بذلك بين القانونين المصري والفرنسي ، بعد أن غدت أحكام هذه المسئولية تتعلق - بمقتضى النص الصريح في كل منهما - بالنظام العام .[٢٢]

النبذة الثالثة : أثر تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام ..

رأينا في النبذتين السابقتين كيف أن كلا من المشرعين المصري والفرنسي قد نص صراحة على تعلق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالنظام العام ، ورأينا كذلك إجماع الفقه المصري وشبه إجماع الفقه الفرنسي ، قبل صدور القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ ، على أن علة هذا الربط بين أحكام هذه المسئولية وبين أحكام النظام العام ، إنما هي رعاية الصالحين العام والخاص ، وليس رعاية صالح رب العمل فقط كما ذهب نفر قليل من الفقه الفرنسي ، على ما سبق أن أوضحنا .[٢٣]

إذا كان هذا هو الحكم التشريعي وتلك علته ، فما الآثار القانونية التي تترتب على هذا المسلك من جانب كل من المشرعين المصري و الفرنسي ؟ الإجابة على هذا السؤال هي ما ستكون موضوع هذه النبذة .

لما كان من المعلوم سلفا أن تعلق حكم معين بالنظام العام ليس غاية في ذاته ، وإنما هو مجرد وسيلة إلى تحقيق غاية

---

(٢٢) انظر في هذا المعنى من الفقه الفرنسي: كاستون المقال السابق : ص ١٠٧ عمودا ، جالشيه :المقال السابق . ص ٥٩ عمود٢ ، بلانكيل المقال السابق . ص ٥٨٧ وما بعدها ، روليه وبيبيس:المقال السابق ص ١١٦: ١١٧ ، بوبلي :المقال السابق ، بند ٢٥ ص ٧ وما بعدها ، جروسليير : المقال السابق . بند ١١ ص ١٦.

(٢٣) انظر الصفحتين السابقتين هامش ١٩ ، ٢٠ بهما

معنية ، هى سد كل ذريعة تؤدى إلى الانفلات من هذا الحكم ، أو الهروب من تطبيقه ، سواء كان ذلك عن طريق الاشتراط صراحة من جانب المدين بهذا الحكم ، أو النزول ضمنا ، بالسكوت من جانب الطرف الدائن بتطبيقه ، لذلك فإن أثر هذا التعليق ، يتبدى إذن فى مدى صحة تلك الشروط ، ومدى جواز هذا النزول ، ثم فى مدى سلطة القاضى فى التصدى من تلقاء نفسه للحكم بعدم قبول الدعوى لانقضاء المدة .

بند أول : أثر تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام على الشروط الاتفاقية المتعلقة بتلك المدة .

هذه الشروط على ثلاثة أضرب : مشدِّدة ، ومخففة ومعفية فما حكم ما يشتمله العقد أو يرد به التفاق ، بعد ذلك منها ؟

(أ) حكم الشروط المشدِّدة :

قد يجد الأطراف أن العمل المطلوب تنفيذه بمقتضى عقد المقاوله هو من نوعية خاصة ، سواء من حيث جسامته ، أو دقة العمل فيه (٢٤) ، فيقدرون فيما بينهم أن مثل هذا العمل سوف لا تكفى المدة المحددة قانونا (عشر سنوات مثلا) لصدق تجربته وسبر أغواره ، وكشف ما يعتوره من عيوب (٢٥) ، فيتفقون بمحض اختيارهم على زيادة مدة الضمان ، الى أكثر من المدة المحددة قانونا طبقا لما يرونه محققا لصالحهم ، موصلا لأغراضهم ، فما حكم هذا الاتفاق إن وجد ؟

---

(٢٤) السنهورى : الوسيط جـ ٧ بند ٦٧ ص ١٢٤ .

(٢٥) سان موريس : رسالته السابقة : صـ ١٠٠

يتفق غالب الفقه الفرنسي مع إجماع الفقه المصرى على صحة مثل هذا الاتفاق إن وجد .(٢٦)

---

(٢٦) انظر من الفقه المصرى فى هذا الخصوص : شنب:السابق بند ١٠٩ ، ص ١٢٩، ١٣٠ وبند ١٢٠ ص ١٤٤ ، السنهورى : الهامش الأسبق ، الدورى : رسالته ط ١٩٨٥ ص ١٩٩ ، ص ٢٧٣ ، العطار : السابق بند ٥٢ - ٥ ص ١٢٧ ، بند ٥٤ ص ١٣١ ، عنبر ، السابق بند ١٦٤/ط ص ٢٠٥ : ٢٠٦ ، ياقوت : السابق:بند١٥٢ ص ٢٥٨ ، وما بعدها، شكرى سرور : السابق بند ٢٩١ ص ٣١٧ : ٣١٩ ، محمد حسين منصور : السابق ص ٨٢ .

وانظر من الفقه الفرنسي : مينفييل : رسالته . بنود من ٢٨٣ ص ٢٢٤ : ٢٨٨ ص ٢٣١ ، وهو وإن لم يصرح بذلك إلا أنه يستفاد من باب أولى من تقريره لصلاحية شروط الإعفاء من المسئولية استنادا إلى أنها لا تتعلق بالنظام العام . فهو يقرر ص ٢٣١ فى آخر بند ٢٨٨ : Nous admettons donc la validité de la décharge

بريكمونت : السابق . بند ٨٠ ص٩٠ ،حيث يقرر: "En principe , les clauses extensives des délais de prescription . sont déclarées nulles, comme équivalant à une rénonciation anticipée à se prévaloir de la prescription , Si Le délai de dix ans prévu aux articles 1792 et 2270 peut étre librement augmenté , c'est parce qu'il ne constitue pas un veritable détai de prescription

أو برى ورو وإسمان: السابق بند ٣٧٤ وهامش ٣٠ - ٥ بها، فلام ولو باف: السابق بند ٦٥٢ ص ٣٦٧، وانظر القضاء البلجيكي المشار إليه بذات البند، سوان المرجع السابق جـ٢ بند ١١٠ ص٧٣ حيث يقرر "Les dispositions aggravant la garantie des constructeurs n'ont jamais présnte de difficultés elles correspondent trop au souci de la jurisprudence d'assurer La protection du maître de l'ouvrage

بونلي: المرجع السابق ط١٩٧١ بند ٥٩ ص٣٥ ومابعدها وبند ٦١ ص٣٧ ط ١٩٧٩ بند ٣٦١ ص٢٢٨ ومابعدها، سانت آلاري: المرجع السابق.ص٦١٢ حيث يقرر: "Il n'a jamais été discuté semble t-il que le délai légal pouvait être convntionmellement allongé, Mais L'hypothèse n'est guère pratique,"

مازو: المطول: جـ٢ بند ١٠٧٠-٢٥ص ١٣٧ ،مازو وجيجلار: دروس جـ٣ بند ١٣٧٧ ص ٨٢٨ ولاسيما هـ. ٦ بها حيث يقرر الأساتذة: "L'interdiction ne frappe pas les clauses qui accorderaient au maître des garanties plus fortes par exemple un délai de garantie plus Long"

فوسيرو: المقال السابق. ص٢٢٥ عمود ا بها) كاستون: المرجع السابق بند ٥٩٤ ص ٢٦٨ حيث يقرر: Ces dispositions somt incomtestanlement valables ...." كاريلا المرجع السابق . فصل ٦ ص ٢٠ حيث يقرر "2° Celles qui aggravent la responsalilite des constructeurs est notamment licite, la conventiom qui stipule une augmentation du délai de l action en responsabilité décennale"

ورغم أن القضاء المدنى نادر فى هذا الخصوص لندرة الأقضية فيه ،لكن

وذلك - فى نظرنا - لأسباب ثلاثـــة :

الأول : اتفاقة مع القواعد العامة فى هذا الخصوص إذ العقد شرعة عاقديه .(٢٧)

الثانى :أن المشرع المصرى لم ينص فى المادة ٦٥٣ مدنى إلا على بطلان الشرط الذى يقصد به إعفاء المهندس المعمارى أو المقاول من الضمان أو الحد منه ، فمفهوم المخالفة لذلك أن الشرط الذى يقصد به تشديد الضمان ليس بمنصوص على بطلانه، فيكون مرده للقواعد العامة ، وهى لا تنكره كما رأينا حالا .

الثالث :اتفاقة وقصد المشرع من تشديد أحكام هذه المسئولية ، تحقيقا للصالحين العام ، والخاص ، وربط تلك الأحكام عامة - بغية الوصول إلى تلك الغاية - بالنظام

= أنظر علىسبيل المثالنقض مدنى فرنسىفى١٨/١١/١٩٢٩ وتجارى بروكسل فى ١٠/١/١٩١٣مذكوران فى بريكمونتهـ٢٩٠ ع٩٠ونقضمدنى فرنسى(٣) فى ٥/١٢/١٩٦٩ بلتان١٩٦٩ -٣ رقم ٧٦٣ ص ٦٠٢ فى حين أن قضاء مجلس الدولة متواتر فى هذا الخصوص . انظر الأحكام المشار إليها فى هامش ١٧ ص ٣١١ لاسيما الحكم الصادر فى٣/١/١٨٨١ ليبون ص ٢٨ ، د٠ ١٨٨٢ - ٣ص١١٩، س١٨٨٢٠ - ٣ ص ٣٤(المدة ٢٠ سنة) وانظر عكس هذا القول ، فى أنه لا يجوز التشديد فى هذه المسئولية بإطالة مدة الضمان ، أو غير ذلك من ألوان التشديد ، إعمالا لمبدأ تعلق أحكام هذه المسئولية بالنظام العام ، ووقوفا عند قصد المشرع الذى أودعه نص المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧ مدنى فرنسى : نيجر : رسالته : بند ٢٧ ص ٥٩ وما بعدها حيث يقرر : "Les architectes. et entreeneurs ne peuvent étre responsables de leurs malfaçons pendant plus de dix ans, L'hypothèse de L'augmentation du délai est d'ailleurs toute scolastique".."L'article 1792 est tout aussi impératif que L'article 2270, quant à La longueur de délai de garantie,le législateur a pensé que dix ans suffiraient a eprouver la solidité de l'édifice"
وأنظر فى نفس هذا المعنى دلفو(J) السابق بند ٢٢٤ ص ١٨٩ أشار إليه أيضا أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب: السابق هـ ١ ص ١٣٠ .

(٢٧) أى شريعتهما . قال تعالى" لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا " مختار الصحاح: سابق.ص ٣٣٥.

العام .(٢٨) فمن المعلوم دائما، أن التقدير الزمنى فى السياسة التشريعية إنما يقيمه المشرع - كقاعدة - على غالب الأمر وظاهره .(٢٩) فإذا مارأى الأطراف أن ما بينهم حالة خاصة تفوق ما بنى عليه المشرع عموم تقديره ، فاتفقوا لذلك على مدة تناسب الحالة الماثلة بين أيديهم ، متجاوزين بها المدة التى قدرها المشرع سلفا ، فلا شك أن فى هذا اتفاق وقصد المشرع ، وتحقيق لغايتة ومرماه .

دليل هذا النظر، فى رأينا، هو مفهوم المخالفة لما يقضى به عجز الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى مصرى ، من جواز أن تكون المدة أقل من عشر سنوات ، متى كان المتعاقدان فى هذه الحالة قد أرادا أن تبقى المنشآت مدة أقل من ذلك .(٣٠) ، وفى هذه الحالة ينزل المتعاقدان بالمدة إلى القدر الذى يريدان أن تستمر المنشآت قائمة فيه .

فمفهوم المخالفة لهذا النص يقضى بأنه ؛ إذا قدر المتعاقدان أن هذه المدة التى قدرها المشرع لا تكفى لفحص واختبار وكشف عيوب العمل المرمع إنشاؤه لما يحوطه من ظروف خاصة به ، فليس هناك ما يمنع قانونا من أن يتفق الأطراف على المده التى يرون كفايتها لذلك الغرض ، ولا يكون فى ذلك خروج على قصد المشرع ، بل اتفاق معه وتحقيق له .

---

(٢٨) مازو : المطول ح٢ بند ١٠٧٠ - ٢٥ ص ١٣٧ حيث يقرر الأساتذة
"Etant donné le but poursuivi par le législateur en édictant les articles 1792 et 2270 , il n'est aucune raison d'interdire les clauses aggravant la responsalitité .On décidera par exemple que le délai de garantie sera prolongé au-delà de dix années"

(٢٩) فلام ولوباف :المرجع السابق ، بند ٦٥٢ ص ٣٦٧ حيث يقرر:
" Toutefois , C'est seulement le régime minimum de responsatulité établi par la loi qui est d'ordre public
أنظر فى نفس المعنى، شكرى سرور: المرجع السابق بند ٢٩١ ص ٢١٧

(٣٠) انظر نص الفقرة المذكورة ص ١٩ من ج ٥ من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى .

إذا كان هذا هو الأصل بالنسبة للشروط التى يقصد بها التشديد فى الضمان بإطالة مدته إلى أكثر من المدة المحددة قانونا إلا أنه ينبغى ، مع ذلك، التحفظ بالنسبة للحالة التى يتعسف فيها أرباب الأعمال - سيما عندما يكونوا هم الطرف الأقوى فى العقد -[٣١] فيضمنون عقودهم مثل هذه الشروط ، فى حين أن واقع العمل المطلوب تنفيذه ومواصفاته وظروفه لاتفرض هذا التشدد ، إذ هو فى المستوى العادى من الأعمال الذى قدر المشرع كفاية مدة العشر سنوات بالنسبة له ، لتجربته واختبار صلابته واكتشاف ما قد يعتوره من عيوب.[٣٢] فإن اشتراط مثل هذه الشروط التى يكون المقصود منها إطالة مدة الضمان عن المدة التى حددها المشرع يكون تجاوزا لقصد المشرع من هذا التحديد ، الذى كما قصد به حماية أرباب الأعمال ، قصد به أيضا إبراء ذمة المعماريين من المسئولية عن هذه الأعمال بعد فوات هذا الوقت ، دونما انتظار لمرور مدة التقادم الطويل ،[٣٣] فيتشجع المعماريون بذلك على خوض هذا المجال، وتستحث هممهم على التجديد والابتكار فيه ، كماهو الشأن دائما فى المسئوليات المهنية .[٣٤]

وإذا كان المشرع[٣٥] المصرى قد قرر بالنص الصريح (م ٦٥٣ مدنى) بطلان شرط الإعفاء أو الحد من مدة الضمان فأصبح بذلك هذا البطلان متعلقا بالنظام العام ، كما سبق أن أشرنا قبل قليل ،[٣٦]، فإن

---

(٣١) وهذا ليس بغريب عن الواقع ، فقد يكون رب العمل شركة كبرى والمعمارى فرد أو مكتب صغير أو حتى شركة صغرى .

(٣٢) نيجر : هامش ٢٦ أعلاه ، سان موريس : رسالته ص ١٦٣، وما بعدها .

(٣٣) ١٥ سنة فى القانون المصرى ، ٣٠ سنة فى القانون الفرنسى .

(٣٤) قرب من ذلك : نيجر الهامش لسابق ، سان موريس: رسالته ص ١٠٠ ، حيث يقرر: " Mais , d'un autre Côté, il faut éviter de faire péser trop longtemps sur les constructeurs une reaponsabilité d'autant plus lourde"

(٣٥) ومن بعده المشرع الفرنسى بمقتضى الماده ١٧٩٢ - ٥ المستحدثه بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر .

(٣٦) راجع فيما سبق ص ٣٠٧ وما بعدها .

أمر شرط التشديد، بإطالة مدة الضمان بالنسبة للحالة محل التحفظ، مرده إلى القواعد العامة فيما يتعلق بشروط الإذعان فى التعاقد[٣٨]، باعتبار أن هذه الشروط تعتبر فى حقيقتها من شروط الإذعان التى يذعن بموجبها الطرف الضعيف فى العقد[٣٩] لرغبة وإرادة الطرف القوى، [٤٠]

(٢) حكم الشروط المخففة :

رأينا فى الفقرة السابقة حكم الشروط المشددة فى مدة الضمان ، وكيف انعقد الإجماع أو كاد على صلاحية تلك الشروط على النحو الذى أبنا، و لكن قد لا يتفق الأطراف مقدما على تشديد مدة الضمان بإطالتها عن القدر الذى حدده القانون لها ، بل قد ينصب اتفاقهم على إنقاص هذه المدة تخفيفا على كاهل المهندس المعماري والمقاول من العبء الثقيل لهذه المسئولية، الذى فرضه المشرع على عاتق المعماريين، للاعتبارات الخاصة التى قامت لديه .

وإذا كان ليس ثمة فرق الآن بالنسبة لحكم هذه الشروط بين النظامين القانونيين المصرى والفرنسى ، إلا أن الأمر لم يكن كذلك أنى عهد قريب [٤١] حيث كان الأمر محسوما تشريعيا على الساحة القانونية المصرية ، فى حين لم يكن كذلك على الساحة القانونية الفرنسية ، إذ كان متروكا لاجتهادات الفقه والقضاء ، وعلى ذلك

---

(٣٨) أنظر فى ذلك : سان موريس رسالته ص ١٦٣ ، بريكمونت المرجع السابق : بند ٨٠ ، ص ٩١ حيث يقرر: Une clause extensive de responsalitité décennale doit étre clairement libellée et, en cas de doute , elle doit s'interprêter en faveur des architecte et entrepreneur وأنظر بروكسل الجزئية فى ١٩٣٦/٣/٣١ R.J.I. ١٩٣٦ رقم ٨٨٩ مذكور فى بريكموت ص ٩١ هامش ٣٠

(٣٩) والفرض هنا أنه المهندس المعمارى أو المقاول أو غيرهما من المعماريين

(٤٠) والفرض هنا أنه رب العمل .

(٤١) هو تاريخ سريان القانون ١٢ لسنه ١٩٧٨ سالف الذكر الصادر بالإصلاح التشريعى لأحكام هذه المسئولية الخاصة، انظر الهامش رقم ١ ص ٣٠٦.

فإننا سوف ندرس حكم هذه الشروط فى النظام القانونى المصرى (أ) ثم فى النظام القانونى الفرنسى (ب) على التوالى .

(أ) حكم الشروط المخففة فى القانون المصرى .

رأينا عند مطلع النبذة الأولى من هذا المطلب ، كيف نص المشرع المصرى فى المادة ٦٥٣ من القانون المدنى على أن " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعمارى والمقاول من الضمان أو الحد منه" ورأينا كذلك فى ذات النبذة ، كيف كان مقتضى هذا النص هو تعليق هذا البطلان بالنظام العام، طبقا لما أفصحت عنه مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ آنذاك وطبقا لإجماع الفقه المصرى فى ذلك .(٤٢)

وعلى ذلك ، فإن حكم هذه الشروط فى القانون المصرى هو البطلان، طبقا لصريح نص المادة ٦٥٣ مدنى سالفة الذكر ، والبطلان هنا محله الشرط لا العقد ، وهو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام فلا يصححه اتفاق ، ولا تذهب بعواره إجازة ، وعلى ذلك ينعقد إجماع فقه القانون الخاص فى مصر .(٤٣)

---

(٤٢) انظر ص ٣٠٧، وما بعدها فيما سبق والفقه المشار إليه بهامش ٩ ص ٣٠٨.

(٤٣) محمد كامل مرسى : المرجع السابق ، بند ٦٠١ ص ٥٠٤ ومابعدها ، أبو علم : المقال السابق ص ٣٠ : ٣١ توفيق فرج : مذكراته ، ص ٥١، شنب : المرجع السابق ، بند ١٢٠ ص ١٤٥ حيث يقرر سيادته :أن مثل هذا الاتفاق يعتبر حدا من الضمان فيبطل بصريح النص ، ويشير فى هذا بنفس الصفحة إلى ثروت أنيس الأسيوطى مذكراته ص ١٨ . السنهورى : الوسيط جـ٧/ ابند ٦٧ ص ١٢٤ ، الدورى : رسالته ط ١٩٨٥ ص ٢٧٣ ، عشبر : السابق . بند ١٦٤ - ٥ ص ٢٠٦. محمد ابراهيم دسوقى مذكراته ص ٥١ ، ياقوت : المرجع السابق بند ١٥٦ ص ٢٦١، شكرى سرور : المرجع السابق بند ٣٠٢ ص ٣٢٥ ، محمد حسين منصور : المرجع السابق ص ٨٢ ، وقرب من هذا المعنى ، نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ٣٤٥ لسنه ٣٣ ق جلسة ١٣ من إبريل سنه ١٩٦٧ مج . م . ف س ١٨ ، قاعدة ١٢٧ ص ٨٣٥ ، وانظر فى عكس هذا الاجماع ، فى فقه القانون

وإذا كان هذا هو حكم الاتفاق على التخفيف من مدة الضمان العشرى أو إنقاصها عن المدة المحددة قانونا ، إلا أن المشرع المصرى ، وهو يقرر هذا الضمان ، لم يبتعد عن الواقع ، بل كان ينظر بمنظاره ، فقدر ، بثاقب بصره ، أنه أحيانا ما يكون الغرض من إقامة البناء أو المنشأ الثابت الآخر هو استعماله لمدة تقل عن العشر سنوات المحددة قانونا كمدة لهذا الضمان (٤٤)، لذلك أعطى المشرع المصرى لأطراف العقد ، فى هذه الحالة ، حرية الاتفاق على النزول بمدة الضمان إلى المدة التى يزمعون بقاء البناء أو المنشأ الثابت الآخر قائما خلالها ، فتكون هذه المدة الاتفاقية هى مدة الضمان ،(٤٥) التى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، (٤٦) وعلى ذلك أيضا ينعقد اجماع الفقه المصرى.(٤٧)

(ب) - حكم الشروط المخففة فى القانون الفرنسى

ألمعنا عند بداية كلامنا عن حكم هذه الشروط ، أنه مر فى نطاق النظام القانونى الفرنسى ، بطورين : طور فقهى قضائى ، استمر ردحا طويلا من الزمن ، أى منذ وضع المدونة الفرنسية فى القانون المدنى سنه ١٨٠٤ ، وحتى قبيل تاريخ سريان القانون رقم

=العام فى مصر ، العطار (فؤاد) رسالته سالفة الإشارة ص٣٧٣ أشار إليه أيضا، شنب فى هـ ١ ص ١٤٥.

(٤٤) كما لو كان البناء بغرض استعماله معرضا لمدة سنة مثلا ، أو مساكن لعمال بالقرب من منجم أو حقل بترول سوف لايطول العمل فيه إلى عشر سنوات ، أو إقامة معبر فوق ترعة ، بغرض استعمالة لمدة تقل عن عشر سنوات .

(٤٥) طبقا لعجزالفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى .

(٤٦) طبقا لنص المادة ٦٥٣ مدنى سالفة الذكر.

(٤٧) انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها بهامش ٤٣ أعلاه ، العطار : المرجع السابق بند ٥٢ - ٥ آخر ص ١٢٧ وما بعدها وانظر فى نقد هذا المسلك من المشرع المصرى ، وفى أنه يتعارض مع تعليق البطلان هنا بالنظام العام شكرى سرور السابق ص ٣٠٣، ص٢٢٦

١٢ لسنه ١٩٧٨ [٤٨]، الصادر بالإصلاح التشريعي الشامل لأحكام هذه المسئولية الخاصة . وطور تشريعي ، يبدأ بتاريخ سريان هذا القانون ، أي اعتبارا من أول يناير لسنه ١٩٧٩ ولما لم يكن الحكم في الطورين واحدا ،لذلك لزم التعرض لحكم هذه الشروط في طوره الفقهي والقضائي (١) ثم في طوره التشريعي (٢) .

(١) - حكم الشروط المخففة في القانون الفرنسي في طوره الفقهي والقضائي ، أي قبل العمل بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨، سالف الذكر .

لم تتوحد كلمة الفقه الفرنسي في حكم هذه الشروط ، بل تفرقت في ذلك إلى مناح ثلاثة يجد كل منها أساسه في مدى الاعتراف بتعلق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالنظام العام من عدمه .[٤٩]

فمن أنكر إسباغ هذا الطابع عليها ،[٥٠] فقد أطلق القول في صلاحية هذه الشروط[٥١] إلا ما كان منها صادرا عن غش أو مشترطا بقصد التهرب من خطأ جسيم .[٥٢] و أما من ذهب إلى إسباغة عليها ، وهم الغالبية الغالبة من الفقه الفرنسي ، فقد اختلفت كلمتهم ، من حيث آثار هذا الإسباغ ، بين متشدد ومتلطف ، فأما

---

(٤٨) أي حتى ٣١ / ١٢ / ١٩٧٨ .

(٤٩) بوبلى : المرجع السابق بند ٣٦٣ ص ٢٣٠ وما بعدها ، وانظر في تفصيل تأسيس عدم صلاحية هذه الشروط على أن المهندس المعماري والمقاول من المهنيين ، وليس على أساس تعلق أحكام المسئولية بالنظام العام . مالنفو وجستار : السابق ١٠٨ ص ١٣٥ .

(٥٠) انظر الفقه المشار إليه في كل من هامش ١٨ ، ٢٠ ص ٣١١ ، ٣١٢ فيما سبق .

(٥١) مينيفيل : رسالته بندى ٢٨٧ ، ٢٨٨ ص ٢٢٩ : ٢٣١ ، وهو وإن لم يصرح بذلك ، إلا أن ذلك يمكن أن يستفاد من باب أولى من إطلاقه لصلاحية شروط الإعفاء من المسئولية . انظر فيما سبق هـ ٢٦ - ص ٣١٥ ، سوان : المرجع السابق . ج ٢ بند ١١٠ ص ٧٣٦ لا سيما نهاية البند ص ٧٣٩ ، بوبلى : المرجع السابق بند ٣٦٥ ص ٢٣٢ وما بعدها .

(٥٢) مينيفيل : السابق . آخر بند ٢٨٤ ص ٢٢٥ ، سوان : السابق بند ١١٢ ص ٧٤٢ ، بوبلى : السابق ، بند ٣٦٥ ص ٢٣٣ .

من تشدد ، فقد أطلق القول بعدم صلاحية هذه الشروط(٥٣)، تطبيقا للمادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى ،(٥٤) وذلك على النقيض تماما من سابقه ،

وأما المتلطفون منهم ،(٥٥) وهم الغالبية العظمى من الفقه

---

(٥٣) نيجر : رسالته السابقة • بند ٢٧ ص ٦٠ حيث يقرر :

"Il importe , d'autre parte , de prohiber les clauses tendant à reduire ce délai " et aussi N 121 P. 181 " Nous concluerons donc au rejet de toutes les clauses de limitation ou d'éxonération de la responsabilité décennale"

وأنظر أيضا فى نفس المعنى سانت الارى : المرجع السابق ص ٦١٢ حيث يقرر:

"Plus plausible et le cas où la convention réduirait le délai . L'opinion la plus répandue est que cette convention serait nulle parce que les articles 1792 et 2270 auraient un caractère d'ordre public et qu'il en serait de même par voie de conséquence du délai"

ويقرر بريكمونت (المرجع السابق آخر بند ٧٩ ص ٩٠ أن هذا هو الرآى السائد فقها وقضاء فى بلجيكا :

"Pour notre part , nous estimons , avec la doctrine et la jurisprudence belges , que le délai de garantie de dix ans ne peut étre restreint par des conventions particulières . En effet , la garantie décennale a été édictée pour des raisons de securité publique"

وانظر الفقه والقضاء والمشار اليهما فى هامش ٢٨ من نفس الصفحة وانظر فى نفس المعنى فلام ولوباف :المرجع السابق بند ٦٥٣ ص ٣٦٧ حيث يقرر:

En revanche il semble bien que doit étre considérée comme nulle toute clause tendant à reduire la durée de la garantie décennale"

وانظر الفقه والقضاء والمشار إليهما بذات البند :

(٥٤) Art. 6 C.civ : " On ne peut déroger , par des conventions particulières , aux lois qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs"

(٥٥) انظر فى التعبير عن ذلك فوسيرو : مقالها السبق ص ١٧ عمود ٢ :

C'est la seconde notion qui peut rendre la garantie plus forte parce que plus contraignante . Mais L'ordre public n'est que rarement absolu dans le domaine civil . IL comporte des degrés et pour la garantie il n'est que " modéré ".

والقضاء الفرنسيين ، فيذهبون إلى جواز هذه الشروط ، متى لم يكن المقصود بها التستر على غش يصدر من المهندس المعمارى أو المقاول أو تغطية خطأ جسيم يصدر منهما[٥٦] شريطة أن تكون المدة المتفق عليها كافية - بالنظر إلى كل من حالة العمل ورب العمل - لتجربة البناء، واختبار صلابتة ومتانته ، وكشف ما يعتوره من عيوب ، [٥٧]وأنها لا تكون من التفاهة بحيث تستر

---

(٥٦) مازو: المطول ٠ حـ٢ بند ١٠٧٠ - ٢٥ ص ١٣٨ ، فوسيرو: الهامش السابق، كاستون : المرجع السابق ،بند ٥٩٢ ص ٢٦٧،كاريلا: المرجع السابق ٠ فصل I ص ٢١ ، وانظر من القضاء الفرنسى الذى يجيز فى هذه الحالة أن ترفع الدعوى خلال ٣٠ سنة أى خلال مدةالتقادم الطويل :راجع بالنسبة للغش نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى)فى ١٩٦٢/٦/٦ بيلتان ١٩٦٢ -١ رقم ٢٩٨ ص ٢٦٣ ، وبالنسبة لتشبيه الخطأ الجسيم بالغش ، ذات الدائرة فى ٦٤/١٢/٢١ بيلتان ١٩٦٤ -١ رقم ٥٨٤ ص ٤٥١ J.C.P. ١٩٦٥، ٢ - ١٤٠٠٥ ٠نقض مدنى فى ٨ /١٩٦٥/٣ بيلتان رقم ١٦٨ ص ١٢٧ د٠ ١٩٦٦ الموجز ص ١٧ ، A.J.P.I. ١٩٦٦ بند ٧٩ ص ٥١٤ تعليق مونتميرل ، نقض تجارى فى ١٩٦٧/١٢/١٨ بيلتان ١٩٦٧ - ٣ رقم ٤١٩ ص ٣٩٥، باريس فى ٦ /١٨٩٤/٦ س٠ ١٨٩٥ - ٢ ص ٧ ٠ على أن القضاء الفرنسى لم يمثل الخطأ الجسيم بالغش فى عقد المقاولة إلا فيما يتعلق ، بالشروط المحدّدة أو المعفية من المسئولية ، فى حين أنه ، على العكس من ذلك ، رفض هذا التشبيه فيما يتعلق بطبيعة المسئولية والتقادم ، محتجا فى ذلك بأن الخطأ نتدليسى (أى الغش) هو خطأ تقصيرى ، فى حين أن الخطأ الغير تدليسى مهما كان جسيما فهو غير خارج عن دائرة العقد (أنظر فى بيان ذلك : مازو: المطول حـ٢ بند ١٠٧٠ - ٢٥ ص ١٣٨ هامش ٧ بها)

(٥٧) أوبرى ورووإسمان : السابق ٠ بند ٣٧٤ ص ٤١٣ وهـ ٣٠ - ٤ بها ، سان موريس : رسالته ص ١٠٠ ، ص ١٧٢ وما بعدها بلانيول وريبير ورواست : جـ١١ بند ٩٥٧-٣ ص ٢٠٢ :٢٠٣ ، مالنفووجستاز : المرجع السابق بند ١٠٨ ص ١٣٥ ، مازو وجيجلار : دروس ٠ حـ٣ بند ١٣٧٧ ص ٨٢٨ ، والقضاء الفرنسى متواتر فى هذا الخصوص انظر على سبيل المثال نقض مدنى ٢ /١٨٩٧/٢ د٠ الدورى ١٨٩٨ -١ ص ٥٦١ ، وفى ٢٣ ، ٢٨ / ٦ / ١٩٠٩ د٠ الدورى ١٩١٠ - ١ ص ٢٣ ،س٠ ١٩٥٠-١ ص١٣٥وفى ١٩٥٩/٦/١٥ د٠ ١٩٦٠ ص ٩٧ تعليق روديير ، وفى ١١/١٣ /١٩٦٧ بيلتان ١٩٦٧ رقم ٣٢٧ ص ٢٤٦ J.C.P.I ١٩٦٨ رقم ٦٠ ص ٣٢٦ تعليق كاستون ، وفى ١٩٧١/٥/٧ بيلتان ١٩٧١ -٣ رقم ٢٨٦ ص ٢٠٥ ، د٠ ١٩٧٢ الموجز ص ٦ J. C .P. ١٩٧٢- ١٦٩٢ تعليق ليت - فو وفيه تقرر المحكمة العليا

" La garantie étant d'ordre public, une clause d'exonération totale de responsabilité doit être réputé non écrite , peuvent être admise seulement les clauses limitatives "

وانظر س إكس فى ١٩٢٤/٦/١٤ س ١٩٢٤ -٢ ص ١١٢ وفى ٢٣ /١٩٧٦/٦ G.P. ١٩٧٧ - ٢ الموجز ص ٢٦٨ ، السين الجزئية فى ١٩٢٩/٣/٦ ج ١٩٢٩ ص ٦٨٣

إعفاء من المسئولية وليس تخفيفا منها.(٥٨)

(٢) - حكم الشروط المخففة فى القانون الفرنسى فى طوره التشريعى ، أى بعد العمل بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨.

لقد انحاز مشرع الإصلاح التشريعى الشامل لأحكام هذه المسئولية ، الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ المذكور، انحيازا تاما إلى جانب الرأى الغالب للفقه والقضاء هناك، القائل بتعلق أحكام هذه المسئولية بالنظام العام ، مرتبا ما كان ينبغى أن يترتب من آثار على القول بتعلق أحكام هذه المسئولية بالنظام العام ، فنص - كما رأينا فى نهاية النبذة الثانية - فى المادة ١٧٩٢ - ٥ المستحدثة بهذا الإصلاح على بطلان كافة الشروط المخففة من أحكام هذه المسئولية. سواء تعلقت هذه الشروط بالضمان العشرى، أو ضمان كفاءة الأداء (الضمان الثنائى) وسواء تعلقت بالمدة أو بمقدار التعويض أو غير ذلك ، واعتبرها كأن لم تكن.(٥٩)

وبهذا النص الصريح القاطع يكون المشرع الفرنسى قد قطع قول كل خطيب فى خصوص حكم هذه الشروط المخففة واعتبرها باطلة بطلانا مطلقا ، وكأنها لم تكن (٦٠) فتوحد بذلك الحكم فى القانونين

---

(٥٨) بيدان ← ورودبير :ج١٢ بند ٢١٦ ص ٢٣٧ ، مازو : المطول ج٢ بند ١٠٧٠ - ٢٥ ص ١٧٨ وما بعدها ، فوسيرو :مقالها السابق - ص ١٧ ، ٢٢، كاريلا : السابق ، فصل ص ٢١ السين الجزئية فى ٢٦ / ٢ / ١٩٢٩ د. الأسبوعى ١٩٢٩ ص ٣٠٥.

(٥٩) انظر نص المادة المذكورة هـ ١)ص ٣١٢ فيما سبق وهامش ٤د ص ٤٨٠ فيما بعد.

(٦٠) انظر فى هذا المعنى : بوبلى : السابق بند ٣٦٦ ص ٢٣٣ وما بعدها ، مازو وجيجلار / دروس ج٣ بند ١٣٧٧ ص ٨٢٧ وما بعدها كاستون السابق . بند ٥٩٢ ص ٢٦٧، بند ٦٠٠ ص ٢٧٠ كاريلا: الهامش الأسبق ، ليت -فو : المرجع السابق ص ٣٥١ وما بعدها جالشيه : المقال السابق ص ٥٩ ومابعدها حيث يقرر:
" Au contraire , la clause d'un marché qui stipulerait pour la garantie décennale une durée inferieur à dix ans serait en application de l'article 1792-5 réputée non

المصرى والفرنسى كما سبق أن أشرنا .

(٣) - حكم الشروط المعفية :

إذا كان من شأن الشروط المخففة أن تذهب ببعض مدة الضمان، فإن من شأن هذه الشروط أن تعصف بالضمان كله ، إذ معنى الإعفاء الكلى من مدة الضمان العشرى، هو عدم مسئولية المهندس المعمارى أو المقاول، عما يظهر من عيوب فى العقار المشيد اعتبارا من تاريخ التسلم ، ومعنى هذا القول، هو التخلص من الضمان ذاته، وتفويت قصد المشرع من تقريره .

وإذا كان المشرع المصرى قد حسم تشريعيا أمر هذه الشروط فى القانون المدنى الجديد (٦١) ، فإن المشرع الفرنسى قد تركها - رغم أهميتها - دون تنظيم حتى صدور هذا الإصلاح التشريعى الشامل لأحكام هذه المسئولية بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر، وعلى ذلك ، فإننا نتبع فى بيان حكم هذه الشروط نفس ما اتبعناه فى الشروط المخففة مبتدئين ببيان حكمها فى القانون المصرى، (أ) ثم فى القانون الفرنسى (ب) على الترتيب : .

écrite, l'abrégement du délai aurait pour effet de limiter = la responsabilité prévue par l'article 1792, ce que l'article 1792-5 interdit"

وأنظر من الفقه المصرى فى هذا المعنى باقوت السابق بند ١٥٦ ص ٢٦١ : ٢٦٣ شكرى سرور : السابق : بند ٣٠١ ص ٣٢٤ وما بعدها وبند ٣٠٤ ص ٣٢٦ وما بعدها

وأنظر أيضا س . نانسى فى ٢٥/ ٩/١٩٨٠ G.P ١٩٨١ الموجز ص ١٠ حيث لم تعمل المحكمة ما كان متفقا عليه من أن مدة الضمان ٣ سنوات

(٦١) الصادر فى ١٦ من يوليو سنة ١٩٤٨ والمعمول به اعتبارا من ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ م .

(أ) حكم الشروط المعفية فى القانون المصرى :

بيان وإحالة :

لا يختلف حكم هذه الشروط فى القانون المصرى، عن حكم الشروط المخففة الذى سبق ، بيانه ، إذ أنه فى كلا الحالين هو البطلان المطلق طبقا لصريح نص المادة ٦٥٣ مدنى التى وحدت الحكم بين النوعين من الشروط، فجعلت البطلان المطلق جزاء لكل منهما، لافرق بين شرط محدد وشرط معفىولمزيد من الإيضاح ، نحيل إلى ما سبق بيانه بالنسبة للشروط المخففة .(٦٢)

(ب) - حكم الشروط المعفية فى القانون الفرنسى :

لقد مر حكم الشروط المعفية من مدة الضمان ، فى القانون الفرنسى ، بذات الطورين الزمنيين اللذين مر بهما حكم الشروط المخففة من تلك المدة ، ولما كان هذا الحكم - شأنه شأن سابقه - مختلفا فى كل من الطورين ، لذلك لزم التصدى لبيانه فى كل طور منهما على استقلال ، بدءا بالطور الفقهى القضائى ،(أ) وانتهاء بالطور التشريعى له (٢) ،

(١) حكم الشروط المعفية من مدة الضمان فى القانون الفرنسى، فى طوره الفقهى القضائى .

إذا كانت كلمة الفقه الفرنسى لم تتوحد بالنسبة لحكم الشروط المخففة أو المنقصة من مدة الضمان ، فمن باب أولى أن يكون شأنها كذلك بالنسبة للشروط المعفية كلية من هذه المدة وذلك لبعد خطرها وشدة أثرها ، فهى تعصف بالضمان عصفا، وتذهب

---

(٦٢) انظر، فيما سبق،ص ٣٢٠ وهامش ٤٣ بها .

بمقصود المشرع أيما ذهاب ، ولاشك أن أساس هذا الخُلف واحد في الحالين ، وهو - كما سبق البيان عند الكلام عن حكم الشروط المخففة - مدى تعلق أحكام هذه المسئولية - ومن أظهرها مدة الضمان - بالنظام العام .

فمن أنكر عليها هذا التعلق ، فقد أطلق - كما سبق أن أوضحنا بالنسبة للشروط المخففة - القول بمشروعية هذه الشروط وجوازها، شريطة أن يكون الشرط صريحا وواضحا ، (٦٣) إلا إذا كان منها قائما على غش من جانب المعماري المشترط ، أو كان هروبا من نتائج خطأ جسيم قد ارتكب ، أو منتظرا ارتكابه .(٦٤)

وأما من قال بتعلق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالنظام العام ، فمنهم من أطلق آثار هذا التعلق ، ومنهم من تخفف بعض الشيء ، تماما كما كان الأمر بالنسبة للشروط المخففة .

أما من أطلق آثار تطبيق أحكام هذه المسئولية بالنظام العام فقد أطلق القول ببطلان آثار هذه الشروط ، استنادا أيضا إلى نص المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي سالفة الذكرة (٦٥) دون اكتراث بأية ظروف تتصل بربِ العمل ، أو بالعقار ذاته ، من حيث جسامته أو الغرض منه إلى غير ذلك من ظروف (٦٦) ، ومع ذلك فقد

---

(٦٣) انظر الفقه المشار إليه في هامش ٥١ ص ٣٢٢ فيما سبق

(٦٤) أنظر بالإضافة إلى الفقة المشار إليه في هامش ٥٢ ص ٣٢٣ فيما سبق؛ كاستون : المرجع السابق : بند ٥٩٢ ص ٢٦٧ ، ،بند ٥٩٩ ص ٢٧٠ ، مالنفووجستان: المرجع السابق بند ١٠٨ ص ١٣٥ ، وانظر نقض مدني فرنسي (١) في ٦/٦/١٩٦٢ بيلتان ١٩٦٢ -١ رقم ٢٩٧ ص ٢٦٢، A.J.F.I. ١٩٦٥ رقم ١٨ ص ١٠٨ نقض مدني (٣) في ١٨ / ١٢/١٩٦٧ بيلتان ١٩٨٧ - ٣ رقم ٤١٩ ص ٣٩٥ .

(٦٥) انظر نص المادة المذكورة هامش ٥٤ ص ٣٢٣ فيما سبق

(٦٦) انظر المراجع المشار إليها في هـ ٥٣ ص ٣٢٢ وما بعدها (فيما سبق) وهذا هو الرأي السائد في الفقه والقضاء البلجيكي انظر بريكمونت : السابق بند ٧٨ ص ٨٧ حيث يقرر:

" Pour nous , les clauses de non-responsabilité sont nulles et ne peuvent produire l'effet limité d'un renverse-

أجاز هذا الجانب تلك الشروط ، باستثناء وحيد هو أن يكون رب العمل ممتهنا الهندسة المعمارية .(٦٧)

أما التخفف بعض الشئ بالنسبة لهذه الشروط ، فهو المذهب الغالب لدى الفقه والقضاء الفرنسيين ، فمع أن الأصل عند هذا الغالب من الفقه والقضاء ، هو بطلان شروط الإعفاء من الضمان العشرى ، سيما من مدته العشرية ، وذلك لتعلق أحكام هذا الضمان بالنظام العام عندهم (٦٨)، كما أشرنا ، إلا أن هذه الغالبية العظمى تذهب أحيانا إلى القول بجواز هذه الشروط فى أحوال معينة، رأت فيها ضرورة الخروج على هذا الأصل .

ولما كنا هنا بصدد بيان حكم شرط الإعفاء كلية من مدة الضمان ، لذا فإننا نقتصر على الحالة التى أجيز فيها اشتراط الإعفاء من مدة الضمان العشرى ، دون غيرها من الحالات الأخرى(٦٩)

= ment du fardeau de la preuve puisque nous estimons que le maître de l'ouvrage a La charge de la preuve quelle que soit nature du marché . La validité ou la nullité des clauses exonératoires ne dépend pas de la plus ou moins grande compétence du maître de l'ouvrage car les articles 1792 et 2270 ont été édictés pour prévenir un effondremen des bâtiments"

وأنظر فى نفس المعنى: فلام ولوباف: المرجع السابق، بند ٦٦١ص ٣٧١ والفقه والقضاء المشار إليهما فيه .

(٦٧) بريكمونت: الهامش السابق. حيث يقرر أيضا:

"Une exception pourrait cependant être admise lorsque le maitre de l'ouvrage est architecte de profession"

وانظر أيضا البند ٩٦ ص ١٠٣ ، وفى نفس المعنى نقض مدنى فرنسى فى ١٨ / ٢ / ١٩٤٤ . د. ١٩٤٤ ص ٦٣ .

(٦٨) كاستون : المرجع السابق . بند ٥٩٩ ص ٢٧٠ وانظر بالإضافة إليه المراجع المشار إليها فى هامش ٥٧ ص ٣٢٤ فيما سبق وانظر من القضاء الفرنسى . نقض مدنى فى ١٨٨٨/١٠/٢٣ G. ١٨٨٨ - ٢، ص ٥٣٧، د. ١٨٨٩ - ١ ص ٩٠ ، عرائض نقض فى ١٩٢٩/٦/١٩ د. ١٩٣٠ - =

الأخرى (٦٩) هذه الحالة، هى التى يكون فيها رب العمل على درجة من التخصص، أو على قدر من المعرفة، فى مجال التشييد والبناء ، بحيث يكون - وهو يتفق على اعفاء المهندس المعمارى والمقاول أو غيرهما من مدة الضمان - عالما تماما بآثار هذا الشرط المعفى من مدة الضمان ، وما يلقيه عليه من تبعات ، بحيث لا يمكنه أن يحتج بعد ذلك ، بجهله وعدم خبرته فى هذا المجال ، أو عدم إلمامه بقواعد هذا الفن وأصوله .(٧٠) وإذا كان هذا الغالب قد تطلب درجة كبيرة من المعرفة بقواعد هذا الفن وأصوله ، إلا أنه لم يتطلب فيه ضرورة أن يكون مهندسا معماريا - حتى يمكن القول بصلاحية هذا الشرط - كما ذهب الرأى السابق (٧١)

ففى مثل هذه الحالة، يجيز الفقه والقضاء الفرنسيان صلاحية شرط الإعفاء من مدة الضمان على اطلاقه ، دون قيد أوشرط، إذ يرى فى ذلك ذهاب العلة من تعليق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالنظام العام ، لأن من أريد حمايته ، وعلقت أحكام هذه المسئولية بالنظام العام تأكيدا لتحققها بالنسبة له - ليس فى حاجة إلى مثل هذه الحماية (٧٢)

= ١ ص ١٦٩ تعليق مينيفيل نقض مدنى فى ١٩٦٧/١١/١٣ سابق نقض مدنى فى ١٩٧١/٥/٧ سابق ، وفى ١٩٧٣/٦/١٩ بيلتان رقم ٤١٨ ص ٣٠٣ A.J.P.I ١٩٧٥ ص ١٢٢ ، د. ١٩٧٣ الموجز ص ١٤١ ، C.J.E.G ١٩٧٤ ص٣٥٥ ، وفى ١٢/ ١٩٧٥/١١ سابق وس. بوردو فى ٣٠ / ٤ / ١٨٦٤ د. ١٨٦٥ -٢ ص ٣٩.

(٦٩) انظر بيان هذه الحالات بالتفصيل : مينيفيل : رسالته بند ٢٨٥ ص ٢٢٥ وما بعدها ، پلانيول وريبير ورواست ح١١ بند٩٥٧ ص٢٠٢، ٢٠٣ ، بول موسيه Paul Mosset فى مقال له بعنوان : De la responsabilité des architectes en matière d'inobservation de lois . de règlements ou de dispositions conventionnelles A.J.P.I juil . 1965 P. 553 et s.

(٧٠) انظر فى ذلك من الفقه الفرنسى : مينيفيل : رسالته بند ٢٨٥ - ٤ ص ٢٢٧ نيجر : رسالته بند ١٢١ ص ١٨١ ، سان موريس رسالته ص ١٦٨ ، پلانيول وريبير ورواست ج١١ بند ٩٥٧-١ ص ٢٠٢، سوان: السابق ح٢ بند ١١١ ص ٧٤١ .

وانظر من القضاء الفرنسى نقض مدنى فى ١٨٣٨/٧/٤ ح١٨٣٨ -١ ص ٧٢٦ ، وفى ١٩٤٤/٢/١٨ د. ١٩٤٤ ص ٦٣ س روان فى ٢/٢١ /١٩٣٥ د. الأسبوعى ١٩٢٦ الموجز ص ٦.

(٧١) انظر الفقه والقضاء المشار إليهما فى هـ ٦٧، بالصفحة السابقة

مثل هذه الحماية .(٧٢)

على أن القضاء الفرنسي كان كثيرا ما يذهب ـ في غير هذه الحالة ـ إلى أن يجعل لمثل هذا الشرط أثرا محدودا ، يقتصر على قلب عبء الإثبات .(٧٣) فبعد أن كان هذا العبء يقع ـ طبقا لأصل أحكام هذه المسئولية ـ على عاتق المهندس المعماري و المقاول بمقتضى القرينة القانونية القاطعة التي تفرضها عليهما المادة ١٧٩٢ ، (٧٤) جعله القضاء الفرنسي ـ إعمالا محدودا لهذا الشرط على عاتق رب العمل ، بحيث يتعين على هذا الأخير ـ طبقا لهذا القضاء ـ أن يثبت خطأ المهندس المعماري أو المقاول ، وأن هذا الخطأ كان هو السبب فيما حدث له من ضرر بالعقار المشيد .

(٢) حكم الشروط المعفية من مدة الضمان في القانون الفرنسي في طوره التشريعي ، أي بعد العمل بالقانون رقم١٢لسنه ، ١٩٧٨.

بيان واحالة :

وحد مشرع إصلاح ١٩٧٨ في المادة ١٧٩٢ ـ ٥ المستحدثة بهذا الإصلاح بين حكمي الشروط المخففة والشروط المعفية من أحكام هذه المسئولية الخاصة ، ومن بينها مدة الضمان ، بأن جعل البطلان

---

(٧٢) انظر في بيان ذلك سيجر: رسالته . بند ١٢١ ص ١٨١ .

(٧٣) انظر من القضاء الفرنسي في ذلك : نقض مدني في ٢/٤ د . ١٨٧٤ـ ١ ـ ٣٠٥، في ٦ /١٩١٣/٣ د. ١٩١٣ ـ ١ ص ٤١٥ وفي ١٩١٥/١١/٩ د . ١٩٢١ ـ ١ ص ٢٣ ، عرائض نقض في ١٩٢٩/٦/١٩ سابق ، س باريس في ٩ / ١٩٢٧/٣ سابق .
وانظر في نقد هذا القضاء : سيجر رسالته ، بند ١٢١ ص١٨٠ بريكمونت : المرجع السابق بند ٧٨ ص ٨٦.

(٧٤) والتي لا يستطيع المعماريون هدمها إلا بإثبات أن السبب الأجنبي كان المتسبب فيما حدث ، ولا يكفيهم مجرد نفي خطئهم للتخلص منها ، انظر في بيان ذلك تفصيلا : ياقوت: المرجع السابق من بند ٧٧ ص ١٤٤ إلى بند ١٧٦ ص ٢٥١ ، شكري سرور : المرجع السابق من بند ٢٥٩ ص ٢٨٤ إلى بند ٢٧٣ ص ٣٠٠ .

المطلق جزاء كل منهما ، لافرق فى ذلك بين شرط مخفف وشرط معف ولمزيد من الإيضاح نحيل إلى ما سبق بيانه بالنسبة للشروط المخففة .(٧٥)

بند ثانى : أثر تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام على حق رب العمل فى النزول عنها ، بعد تحقق سبب الضمان .

إذا كان حكم الشروط الاتفاقية المتعلقة بمدة الضمان، يستند - كما رأينا حالا (٧٦) - على القول بمدى تعلق أحكام هذه المسئولية الخاصة - ومن ضمنها مدة الضمان - بالنظام العام من عدمه ، فإن فصل الخطاب فى معرفة مدى حق رب العمل فى النزول عن كل أو بعض مدة الضمان بعد تحقق سببه ، يقتضى بالضرورة أولا معرفة علة تعليق أحكام هذه المسئولية بالنظام العام، (٧٧) فهل العلة من هذا التعليق حماية المصلحة العامة ؟ أم حماية المصلحة الخاصة ؟ أم حماية الاثنتين معا ؟

يذهب اجماع الفقه المصرى ، (٧٨) وكذلك الغالبية العظمى من الفقه الفرنسى (٧٩) تؤازرهما الأعمال التحضيرية فى كل من

---

(٧٥) انظر فيما سبق، ص ٣٢٥ والمراجع المشار إليها فى هـ ٦٠ بها .

(٧٦) انظر فيما سبق ص ٣١٢ : ص ٣١٩ .

(٧٧) إذ الأحكام تدور - كما يقول الأصوليون - مع عللها - لامع حكمها - وجودا وعدما .

(٧٨) انظر الفقه المصرى المشار إليه فيما سبق هامش ٩ . ص ٣٠٨ وكذا هامش ٤٣ ص ٣٢٠ .

(٧٩) انظر الفقه الفرنسى المشار إليه فيما سبق هامش ١٣ ص ٣١٠ .

القانونين (٨٠)، إلى أن تعليق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول بالنظام العام ، قصد به حماية كل من المصلحة العامة ، والمصلحة الخاصة ، ذلك أن تهدم المباني، وبيان عوارها ، كما يصيب بالضرر رب العمل،فإنه كذلك يهدد أمن الأفراد في المجتمع ، ويمس سلامتهم ، ويعرضهم للخطر فى أنفسهم وأموالهم .

فى حين يذهب نفر من الفقه الفرنسى ، إلى أنه حتى مع التسليم بتعلق أحكام هذه المسئولية بالنظام العام ، إلا أن المقصود من هذا التعليق هو حماية رب العمل فقط ، أما المصلحة العامة فتجد حمايتها فى القوانين الجنائية ، وفى قواعد المسئولية التقصيرية ، أما المسئولية المنصوص عليها بالمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدنى فهى فقط لحماية رب العمل الجاهل بأصول فن المعمار وقواعده (٨١)

ونحن من جانبنا وإن كنا نرى - اتفاقا مع الرأى الأول - أن علة تقرير أحكام هذه المسئولية الخاصة هى حماية كلا المصلحتين، من عامة وخاصة ، وأن تعليقها بالنظام العام إنما كان تأكيدا - من جانب المشرع - لهذه الحماية،وحتى لاتتاح الفرصة للعصف بها عن طريق الاشتراطات الخاصة التى غالبا ما تكون مملاة ، أكثر منها متفقا عليها ، إلا أننا نرى مع ذلك غلبة حماية المصلحة الخاصة بهذه الأحكام عن المصلحة العامة .

---

(٨٠) انظر بالنسبة للأعمال التخصيرية للقانون المصرى،حـ٥، منها ص ٢٩ " مذكرة المشروع التمهيدى " وكذا مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . ص ٢٩ ، ص ٣٠ من ذات الجزء.

أما بالنسبة للأعمال التخصيرية للقانون الفرنسى فانظر المراجع المشار إليها فى هامش ١٤ ص ٣١٠فيما سبق ، وأنظر أيضا روسيل : المرجع السابق ، A32 §

(٨١) انظر الفقه الفرنسى المشار إليه ،فيما سبق في هامش ٣٦ ص ٣١٥.

بيان ذلك - فى رأينا - أن حماية المصلحة العامة تتحقق بالجانب الوقائى للنص ، وهو جانب النهى أو التهديد أو التحذير فيه ، أما حماية المصلحة الخاصة ، فهى كما تتحقق بالجانب الوقائى للنص شأنها شأن سابقتها - إلا أنها تتحقق أيضا بالجانب العلاجى فيه ، فإذا ما استحث المعماريون وأجبروا - تحت شدة أحكام هذه المسئولية الخاصة بهم - على أن يسلموا رب العمل عقارا سليما ، خاليا من العيوب التى تهدد سلامته ومتانته ، بله التى تعوق أداء بعض عناصره لوظيفتها ، تحققت بذلك حماية رب العمل وقائيا وتحققت أيضا ، وبنفس الصفة ، حماية المصلحة العامة فى توقى تعريض أرواح المواطنين - بما فيهم رب العمل نفسه - وأموالهم للخطر ، أو تهديدهم فى أمنهم وطمأنينتهم ، أو المساس بسلامتهم .

وعلى ذلك ، فإذا اشتركت المصلحتان فى الاستفادة من الجانب الوقائى لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، إلا أن الجانب العلاجى لهذه الأحكام تنفرد به - فى تقديرنا - حماية المصلحة الخاصة لرب العمل، تلك المصلحة التى تتمثل فى إزالة ما لحق بهذا الأخير من ضرر ، أيا كان سبيل هذه الإزالة (٨٢)، مع تيسير السبيل أمامه للوصول إلى ذلك ، (٨٣) .

بعد هذا البيان، نستطيع القول: بأن تعلق مدة الضمان العشرى بالنظام العام، يقتضى عدم جواز الاتفاق على النزول عنها، أو الحد منها مقدما ، سواء تم ذلك عن طريق الاشتراط به فى نفس العقد أو

---

(٨٢) أنظر فى بيان سبل ذلك : شنب : السابق ، بند ١٢٢ ص ١٤٦ : ١٤٨ ، السنهورى ، الوسيط ج ٧/١ بند ٦٨ ص ١٢٥ : ١٢٧ السدورى : رسالته السابقة : ط ١٩٨٥ من ص ٢١٢ : ص ٢٣٦ ، شكرى سرور، المرجع السابق : من بند ٣٤٤ ص ٣٦٣ : بند ٣٥٧ ص ٣٧٦ .

(٨٣) انظر المرجع المشار إليها فيما سبق هامش ٧٤ ص ٣٣١.

بمقتضى شرط مستقل ، ذلك أن مثل هذا الاتفاق إنما يتعارض وحماية كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة اللتين قصد المشرع ، حمايتهما بمقتضى الجانب الوقائي لأحكام هذه المسئولية الخاصة وبعبارة أخرى يتعارض ومبدأ النظام العام الذى علق به كل من المشرعين المصرى والفرنسى أحكام هذه المسئولية .(٨٤)

أما إذا تحقق السبب الموجب للضمان ، بأن حدث التهدم الكلى أو الجزئى بالعقار المشيد أوظهر العيب المعتبر به، فإننا نكون بذلك قد انتقلنا من الجانب الوقائى لأحكام هذه المسئولية، إلى الجانب العلاجى لها ، الذى تنفرد بحمايته ، كما قلنا - المصلحة الخاصة لرب العمل . وبعبارة أخرى ، تكون المسألة قد انتقلت من حث للمعماريين على بذل أقصى الجهد ، وقصارى الطاقة، حتى يأتى البناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع تشييده سليما من كل عيب ، خليا من كل شائبة (الجانب الوقائى لأحكام هذه المسئولية الخاصة) إلى محض حق لرب العمل فى الرجوع بالضمان بعد تحقق سببه (الجانب العلاجى لتلك الأحكام)، وحق رب العمل فى الرجوع بالضمان ، هو محض مصلحة خاصة له، لاتتعلق بالنظام العام فى شىء (٨٥)، ولا يجوز منعه من التصالح عليها، أو التنازل عنها صراحة . أو ضمنا ، متى قدر أن صالحه إنما يتحقق بشىء من ذلك (٨٦)، وإلا كان فى ذلك حجرا على حريته الشخصية فى التصرف فى حقوق ، الأمر الذى يتعارض نفسه والنظام العام .

---

(٨٤) شنب : المرجع السابق . هامش ١ ص ١٢٨.

(٨٥) شنب : الهامش السابق .

(٨٦) شنب : المرجع السابق . بند ١٢٠ ص ١٤٥ ، السنهورى : الوسيط ح ٧/١ بند ٧٦ ص ١٤٢ وما بعدها ، محمد إبراهيم دسوقى مذكراته ص ٥١ ، وهو ما عليه غالب الفقه الفرنسى من ذلك على سبيل المثال مينقبيل : رسالته، بند ٢٨٥ - ٥ ص ٢٢٧ بلانيول وريبير ورواست : ح ١١ بند ٩٥٧ - ٥ ص ٢٠٣ وانظر فى خصائص مدد السقوط بصفة عامة : اسماعيل غانم : المرجع السابق بند ٢٦٢ ص ٤٥٧ ، أنور سلطان : المرجع السابق بند ٤٩٤ ص ٤٤٦ ، حمران: مذكراته السابقة ص ١٩ ، ٢٠ . وانظر فى عدم جواز التنازل بريكمونت : المرجع السابق بند ٧٨ ص ٨٤.

بند ثالث : مدى سلطة القاضى فى التمسك بانقضاء مدة الضمان إذا لم يتمسك بها المدين به .

انتهينا فى المطلب السابق ، ونحن بصدد بيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشرى إلى أن هذه المدة ليست مدة تقادم ، وإنما هى مدة سقوط ، يسقط بانقضائها حق رب العمل فى الرجوع على المعماريين بما قد يحدث من تهدم ، أو يظهر من عيب بالعقار المشيد بعد ذلك(٨٧) .

وانتهينا كذلك فى النبذتين السابقتين (٨٨) من هذا المطلب ، إلى أن كلا من المشرعين المصرى والفرنسى قد علق أحكام هذه المسئولية الخاصة - ومن بينها مدة الضمان - بالنظام العام(٨٩) وبناء على ذلك امتنع الاتفاق على التنازل عنها أو الحد منها مقدما لمساس ذلك بالمصلحة العامة وتعارض مع مبدأ النظام العام

أما بعد تحقق سبب الضمان على الوجه الذى سيأتى بيانه فى مكانه من البحث (٩٠) فقد تم الانتقال من حماية لمصلحة مشتركة (عامة وخاصه) إلى حماية لمحض مصلحة خاصة هى - كما قلنا - مصلحة رب العمل ، فى الحصول على التعويض الذى يجبر ضرره ، وتيسير السبيل أمامه للوصول إليه .

وضع المسألة :

والمسألة المعروضة الآن هى أن سبب الضمان قد تحقق فى أى صورة من صوره ، ثم بعد أن انتهت مدة الضمان رفع رب العمل

---

(٨٧) انظر فيما سبق من ص ٢٩٣ : ص ٣٠٥ .

(٨٨) انظر فيما سبق من ص ٣٠٩ : ص ٣١٣ .

(٨٩) انظر المادة ٦٥٣ مدنى مصرى ، والمادة ١٧٩٢ - ٥ مدنى فرنسى مستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ .

(٩٠) انظر الفرع الثانى من المبحث الأول من الفصل الثانى من الباب الثانى من هذه الدراسة .

دعواه مطالبا بحقه فى الضمان ، فهل يملك القاضى أن يتصدى للدعوى من تلقاء نفسه ، ويقضى بعدم قبولها لرفعها بعد انقضاء الميعاد الممنوح لرفعها ، أم لابد أن يدفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى ، لرفعها بعد فوات الميعاد ، حتى يقضى بعدم قبولها ؟

الرأى الراجح فى هذه المسألة بالنسبة لمدد السقوط هو التفرقة بين ما إذا كان السقوط مقررا لمصلحة خاصة أو لمصلحة عامة ، فإن كان مقررا لمصلحة عامة ، تعين على القاضى إثارته من تلقاء نفسه ، أما إذا كان المستفيد من السقوط هى مصلحه خاصة فليس للقاضى أن يتعرض له من تلقاء نفسه ، بل لابد من أن يدفع به صاحب المصلحة فيه.(٩١)

ولما كانت المصلحة المستفيدة بالسقوط فى المسألة المعروضة ليست مصلحة عامة .(٩٢) بل هى مجرد مصلحة خاصة بالمعماري أو المعماريين ، المدعى عليهم بالحق فى الضمان ، إذ أن الحكم بالسقوط فى هذه الحالة سوف يكون من شأنه أن يبرئ ذمة المدعى عليه من الالتزام بالتعويض وما دام المستفيد من السقوط - كما هو واضح - مجرد مصلحة خاصة ، لزم أن يدفع بالسقوط صاحب المصلحة فيه ، وامتنع على القاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه ، وعلى هذا المعنى غالب الفقه الفرنسى .(٩٣)

---

(٩١) اسماعيل غانم : المرجع السابق بند ٢٩٢ ص ٤٥٧ ، أنور سلطان : المرجع السابق بند ٤٩٤ ص ٤٤٦ ، عمران ، مذكراته السابقه ص ١٩٠

(٩٢) لتحقق سبب الضمان ، والمصلحة العامة تقتضى عدم تحققه .

(٩٣) جابولد: المقال السابق، بند ٦ ، مازو: المطول، ج٣ بند ١٠٧٠ -٢٣ ص ١٣١ ، فوسيرو : المقال السابق ، ص ٢٢ عمود٢ ، لابان: رسالته السابقة ص ١٥١ ، مودرن : مقاله السابق MTP عدد ٢٧ من مارس ١٩٧٨ ص ٢٤ عمود ٣ ، وانظر من الفقه المصرى شكرى سرور: المرجع السابق بند ٢٤٢ ص ٢٦٦ ومابعدها .
وانظر من القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص نقض مدنى (١) فى ٢٣/٢/١٩٦٦ بيلتان ١٩٦٦ - ١ رقم ١٣٥ ص ١٠٦ .J.C.P ١٩٦٦-٤ ص ٥١ ، مجلس الدولة الفرنسى فى ٥/١١/١٩٦٥ ليبون ص ٥٩٠ JCP ١٩٦٦-٢ - ١٤٥٤٠ .G.P ١٩٦٦ - ٢ ص ٢٢١ .

الفـــــرع الثانــــى

النظام القانونى لمدة الضمان العشـــرى

انتهينا فى المطلب الثانى من الفرع السابق إلى أن مدة الضمان العشرى ليست مدة تقادم، وإنما هى مدة سقوط قررها المشرع سواء فى مصر أو فى فرنسا - لاختبار صلابة البناء وسلامته، وخلوه من العيوب . ولما كان من الثابت حتما أن لكل أجل بداية ونهاية، وأن بداية الأجل هى أول السبيل إلى نهايته ، فما هى بداية هذا الأجل؛ أو هذه المدة العشرية، التى منحها المشرع لرب العمل ، حين أثقل بها كاهل المهندس المعمارى والمقاول ؟ وماكيفية حسابها ؟ وهل بانتهائها يكون كل من المهندس المعمارى والمقاول فى مأمن من كل مطالبة ؟ ثم ماهو أثر الغش الذى يرتكبه كل من المهندس المعمارى أو المقاول على هذه المدة ؟ وأخيرا من الذى يقع عليه عبء إثبات ابتدائها أو انتهائها ؟ .

إن الإجابة على هذه التساؤلات ، والعديد غيرها ، لتشكل - فى تقديرنا - النظام القانونى لمدة الضمان العشرى ، الـــذى خصصنا هذا الفرع بدراسته .

هذا ولما كان هذا الفرع - كما رأينا حالا - يعالج مسائل متفرقة ومتعددة ، فسنحاول - جهد الطاقة - توليفها والتنسيق بينها ، بحيث تتاح لنا دراستها فى مطلبين مستقلين على الوجه التالى :

المطلب الأول : كيفية سريان مدة الضمان العشرى وأحكامه

المطلب الثانى : كيفية انتهاء مدة الضمان العشرى وآثاره

***

المطلب الأول
كيفية سريان مدة الضمان العشرى وأحكامه

نعالج فى هذا المطلب سبع مسائل متتالية نوردها تباعا، كلا فى نبذة مستقلة :

نبذة أولى : بدء سريان مدة الضمان العشرى .

ثلاث وقائع ،يمكن أن يتخذ تاريخ حدوث أى منها تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى :

أولاها : واقعة تمام إنجاز الأعمال الموكول إلى المهندس المعمارى والمقاول إنجازها ،وثانيتها ،واقعة تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل . وثالثتها والأخيرة : واقعة الاستيلاء المادى من رب العمل على الأعمال ،سواء كان ذلك قبل تمام الإنجاز أم بعده. فبتاريخ أى من هذه الوقائع الثلاثة يمكن أن يعتد فى بدء سريان مدة الضمان العشرى ؟

كان القانون الرومانى قد انحاز إلى جانب المهندس المعمارى والمقاول ،فاعتد بواقعة تمام إنجاز الأعمال . " Ab Opere perfecto = parfait achevement des Travaux تاريخا لبدء سريان مدة الضمان [1] ،وتبعته فى ذلك بعض التشريعات الحديثة [2] . إلا أن هذا القول لايخلو من النقد ، الذى يوجهه إليه بعض الفقه الفرنسى ،والذى يمكن تلخيصه فيما هو آت :

---

(١) وقد كانت فى القانون الرومانى خمس عشرة سنة . راجع. فيما سبق، صـ ٢٨٩ وهامش ١١ بها .

(٢) من ذلك القانون الإيطالى (م ١٦٣٩) ،والقانون الأسبانى (م ١٥٩١) والقانون الالمانى (م ٦٣٨) انظر فى ذلك رنيجر : رسالته السابقة ،بند ٢٥ صـ ٥٦ .

١ - سوف يكون من الصعب على رب العمل أن يعرف على وجه اليقين ،متى تم إنجاز الأعمال . [٣] خصوصا وأنه قد لاتمكنه ظروفه من التواجد باستمرار فى مكان العمل ،ليتابع خطواته ويقف على أحواله ،ويتيقن من التاريخ الذى تم فيه إنجازه ،على الرغم من بالغ أهمية معرفة هذا التاريخ بالنسبة له ،إذ به تبدأ المدة التى قررها المشرع لصالحه ،كى يقف بها على مدى متانة بنائه وسلامته . وبذلك يكون رب العمل تحت رحمة رجال الفن ،فى الوقت الذى أراد فيه المشرع أن يحميه منهم . وليس من الملائم - كما تقول كانتيلوب أن يكون الفيصل دائما فى معرفة هذا التاريخ هو أقوال أهل الخبرة [٤] .

٢ - وحتى لو أمكن لرب العمل أن يعرف بيقين - بطريقة أو بأخرى - تاريخ تمام إنجاز الأعمال ، أفليس من العدل أن يمنح الفرصة المناسبة لمراجعة وفحص هذه الأعمال، التى قام بها كل من المهندس المعمارى والمقاول ،للتأكد من سلامتها ومتانتها ،وخلوها من العيوب الظاهرة بها على الأقل [٥] . إن مثل هذا القول ،يحرمه حتى من هذه الفرصة التى هى من بدهيات التعامل ومسلماته .

٣ - كذلك ،سوف يترتب على هذا القول تعدد تواريخ ابتداء سريان مدة الضمان،فنكون بذلك أمام العديد من مدد الضمان التى تتعلق بالبناء الواحد . ذلك أن البناء المطلوب تشييده ،أو المنشأ الثابت الآخر ،المزمع إقامته ،يحتوى بالضرورة على مجموعة من الأعمال الفرعية التى من مجموعها يتكون هذا البناء ،أو ذلك المنشأ الثابت الآخر . ولاشك أن كل نوع من هذه الأعمال الفرعية، يؤديه المقاول المختص به ،كما وأن هذه الأعمال لاتتعاصر فى أدائها ،ولكنها بالضرورة تختلف زمنيا ،تبعا لترتيبها الطبيعى

---

(٣) مينفييل : رسالته ،بند ٢٦٩ ص ٢١٤ ،ر . نيجر: رسالته بند ٢٥ ص ٥٥ ،سانت موريس : رسالته ص ١٠١ ،كانتيلوب: رسالتها السابقة ص ١٥٦ .

(٤) كانتيلوب : رسالتها السابقة ، ص ١٥٦ .

(٥) مينفييل : رسالته السابقة . بند ٢٦٩ ص ٢١٤ ،سانت =

فى تكوين البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، مما يترتب عليه اختلاف تاريخ بدء سريان مدة الضمان بالنسبة لكل من هذه الأعمال الفرعية، فتتعدد بذلك - كما قلنا حالا - مدد الضمان بالنسبة للبناء الواحد ، مما يشق معه على رب العمل بعد ذلك معروفة من الذى انتهت مدة ضمانه ، ومن الذى لم تنته بالنسبة له هذه المدة [٦].

٤ - وأخيرا ، فإن هذا القول سوف يؤدى من الناحية العملية، إلى التضارب بين نص المادة ١٧٨٨ ونص المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى . ذلك أن النص الأول يحمل المقاول تبعة المخاطر من تاريخ تسلم العمل ، الفعلى أو الحكمى ، من رب العمل [٧] فإذا ماقلنا بأن مدة الضمان تبدأ من تاريخ تمام إنجاز الأعمال ، وليس من تاريخ تسلم العمل ، ترتب على ذلك خلق نوع من التضارب بين النصين ، وذلك للاختلاف - بالضرورة - بين تاريخ تمام الإنجاز وتاريخ التسلم ، فمن سيكون المتحمل بتبعة المخاطر فى الفترة مابين هذين التاريخين .

وعلى ذلك ، وتلافيا لهذا التضارب ، يلزم أن يتلاحم النصان فى التطبيق - النص العام (م ١٧٨٨) والاستثنائى (م ١٧٩٢) - من حيث إحداث أثرهما ، بحيث يبدأ النص الاستثنائى فى إحداث أثره ، أو أداء عمله حيث ينتهى النص العام ، دون أن يتركا بينهما منطقة ، مكانية كانت أم زمنية ، فى حاجة إلى الضبط والإحكام. [٨]

ويمكننا بالإضافة إلى ذلك أن نقرر أن اعتماد تاريخ واقعة تمام إنجاز الأعمال تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى ، يعنى،

= موريس : رسالته السابقة ص ١٠١ كانتيلوب : الهامش السابق .

(٦) رونيجر : رسالته ، بند٢٥ص٥٥ ، سانت موريس : الهامش السابق ، كانتيلوب : الهامش السابق .

(٧) راجع فيما سبق من ص ٢٦٤: ص٢٦٨ ، بمناسبة دراسة آثار التسلم .

(٨) انظر فى ذلك ، رونيجر : الهامش الأسبق ص٥٦ ومابعدها.

بالضرورة ،تعليق بدء سريان هذه المدة على محض إرادة المهندس المعماري والمقاول ،ولما كان لهذين الأخيرين مصلحة مؤكدة في تقصير هذه المدة ،فإنه يكون من غير الملائم ،تعليق بدء سريانها على محض إرادتهما،وإلا عملا على التوصل إلى تحقيق مقصدهما،وإهدار مقاصد المشرع من وراء تقريرها .

لذلك ،فإن الحفاظ على التوصل إلى هذه المقاصد التى رنا الشارع إلى تحقيقها ،يحتم اطّراح هذا القول ،والبحث عن تاريخ واقعة أخرى ،غير تاريخ واقعة تمام إنجاز الأعمال ،يصلح تاريخا تنطلق منه هذه المدة فى السريان .

وسعيا وراء هذا الهدف ،هل يصلح تاريخ واقعة الاستيلاء المادى من رب العمل على الأعمال ،تاريخا تبدأ السريان فى مدة الضمان العشرى ؟

يجيب الفقه الفرنسى على هذا التساؤل بالنفى ،مبررا ذلك بأن هذا القول يعنى - على عكس نظرية القانون الرومانى - نقل زمام الأمر إلى رب العمل أو المالك ،بما يعنى أيضا تعليق بدء سريان مدة الضمان - على عكس الحالة السابقة - بمحض إرادة هذا الأخير ،فيستطيع - عن طريق تأخره المتعمد والذى قد يطول - إطالة مدة الضمان ،فيتوصل بذلك إلى تحقيق مقصوده ، الذى يتجاوز به قصد المشرع ،وماقدره من كفاية هذه المدة لتحقيق ذلك القصد (٩) .

وعلى ذلك ،فإن تحقيق هذا القصد ،وإقامة التوازن بين المصالح المتضاربة للأفراد يحتمان أيضا طرح هذه الفكرة جانبا، والبحث عن فكرة أخرى ،تتخذ أساسا لبدء سريان هذه المدة ،بحيث يتحقق بها قصد الشارع،من إقامة التوازن بين مصالح الأفراد فى المجتمع ،والتى عادة مايكون التضارب بينها والتعارض سبيل حياتها

---

(٩) ر . نيجر : الهامش السابق .

لذلك ،فقد أحسن مشرعنا المصرى صنعا ، إذ طرح كلا من هاتين الفكرتين جانبا ،معتدا - على عكس كل منهما - بفكرة تسلم الأعمال:
"Ab opere recepto-moment de la réception de travaux"
متخذا تاريخ حدوث هذا التسلم،تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى . فنص صراحة فى الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ من القانون المدنى الجديد (١٠) على أن " تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل"(١١)

---

(١٠) وذلك على عكس ماكان عليه الحال فى القانون المدنى الملغى ، الذى لم يتعرض - جريا على سنن القانون المدنى الفرنسى لبيان هذا الأمر رغم أهميته . راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد حـ ٥ صـ ١٩ ومابعدها .

(١١) ويلاحظ الاختلاف فى الصياغة والمضمون بين هذه الفقرة كما جاءت فى القانون ،على الوجه المذكور بالمتن أعلاه ،وبين ماكانت عليه ،وهى فى المشروع ،حيث كانت تشكل الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ من المشروع المذكور ،وقد كانت تجرى على الوجه الآتى: "وتبدأ مدة العشر السنين من وقت تمام العمل وتسلمه "
- (الأعمال التحضيرية حـ ٥ صـ ٢٠ - المشرع التمهيدى - المادة ٨٩٥) .
فمن حيث الصياغة : فليس ثمة شك فى أن عبارة " وتبدأ السنوات العشر ......" التى انتقاها واضعوا القانون ،تتميز بالسلاسة وحسن الترتيب وجمال الصياغة والجرس الموسيقى البديع ،عن عبارة " وتبدأ مدة العشر السنين .... " التى أتى بها المشروع التمهيدى .
أما من حيث الموضوع : فيلاحظ أن المشروع التمهيدى - تأثرا بالقانون الرومانى وببعض التشريعات الحديثة (انظر الأعمال التحضيرية حـ ٥ صـ ٢١) - قد اعتد بتاريخين مختلفين فى تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان ،هذان التاريخان هما : تاريخ تمام العمل ،وتاريخ تسلمه وهذان التاريخان قلما اتحدا فبأيهما يكون الاعتداد عند اختلافهما،وهو الأمر الغالب بل واللازم ؟ ولنزيد الأمر بيانا بمثال توضيحى :
فلو كان وقت تمام العمل هو يوم السبت ١٥ من يناير ،وتم تسلمه فى نفس اليوم المذكور ،فهنا لاصعوبة فى الأمر إذ اتحد التاريخان - ولو أن هذا أمر نادر فى العمل - فستحسب المدة طبقا للمادة ٣٨٠ من القانون المدنى بالنسبة للواقعتين (إتمام العمل وتسلمه) اعتبارا من الساعة ١٢ ليلا ، أى من بداية يوم ١٦ من يناير ،حيث لا يحسب اليوم الأول (م ٣٨٠ مدنى). أما إذا كان وقت إتمام العمل هو يوم ١٥ من يناير ،وتم تسلمه فى يوم ١٦ من يناير ، أو بعد ذلك ،وهذا هو الأمر الغالب فى العمل ،فلا شك أن المدة - لو أخذنا فى الاعتبار وقت إتمام العمل ستبدأ اعتبارا من الساعة ١٢ ليلا ، أى من بداية يوم ١٦ من يناير، =

ومشرعنا باعتداده بوقت تسلم العمل ،تاريخا لبدء سريان مدة الضمان ،وازن بين مصلحة كل من المهندس المعماري والمقاول من جانب ،ومصلحة رب العمل من الجانب الآخر ،وأقام الأمر على مشاركة إيجابية فعالة ،يقوم بها كل من الطرفين ،وبذلك جعل تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان - وهو الأمر البالغ الأهمية بالنسبة لكل من الجانبين - منوطا بإرادة الطرفين مجتمعة ،وليس معلقا على محض إرادة طرف منهما ،يحدده كيفما يراه محققا لمصلحته ،موصلا لمقصوده .

= ولو ،على العكس - أخذنا في الاعتبار وقت تسلم العمل وهو يوم ١٦ من يناير مثلا - فإن المدة ستبدأ اعتبارا من الساعة ١٢ ليلا ،أي من بداية يوم ١٧ من يناير ،أو بعد ذلك على حسب الأحوال ،فأي التاريخين يجب أن يكون هو أساس بدء سريان المدة؟ وعلى أي أساس ينبغي التفصيل بين التاريخين؟ . وعلى ذلك فلا شك في أن التوفيق كان حليف مشرعنا ،إذ أهدر وقت تمام العمل ،واعتد فقط بوقت تسلمه ،مع علاج ماقد يأتي به العمل من مثالب لوحدة الاعتداد هذه ،كما سيأتي بيانه في حينه .

وبناء على ذلك ،فلا نرى ماذهب إليه الأستاذ الدوري ،في رسالته (ص ٢٢٣) من أن " نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ مدني مصري ،تقرر صراحة أن المدة تبدأ من وقت تسلم العمل أي حتى ولو لم يكن منجزا والقول بغير ذلك تحميل للنص أكثر مما يحتمل ." .

وردنا عليه : أن الأستاذ الدوري نظر إلى التسلم على أنه محض عمل مادي ،لامجال للإرادة فيه ،وعلى نظره هذا يصدق قوله لكن في نظره هذا نظر ،ذلك أن التسلم ليس محض عمل مادي كما تصور سيادته ،وإنما هو خليط من العمل المادي والعمل الإرادي ،بل إن الجانب الإرادي فيه هو الغالب ،إذ من المتصور أن يعاين رب العمل العمل ويقبله ،وهو لايزال - لسبب أو لآخر - في يد المقاول . وفهم التسلم على هذا المعنى الذي نقوله يجعله لايمكن أن يتم ،إلا بعد تمام إنجاز العمل ،وهذا هو المعنى الذي رضيه مشرعنا للتسلم ،حين جعله تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشري ،دليل ذلك كثرة مايترتب على التسلم من آثار ماكانت لتترتب عليه ،لو كان مجرد واقعة مادية ،ودليله أيضا ، مايقضي به مجلس الدولة الفرنسي ،من أنه إذا سبق وضع اليد تمام إنجاز الأعمال ،فلا يعتبر تسلما يعتد به في بدء سريان مدة الضمان ،لعدم توافر العنصر الإرادي فيه ،ذلك العنصر الذي يتمثل في قبول العمل وإقراره ،ولايكون ذلك بطبيعة الحال إلا بعد تمام إنجاز العمل (مجلس الدولة الفرنسي في ٣١ / ٥ / ١٨٩٥ د . الدوري ١٨٩٦ - ٣ ص ٦٧ ،وفي ١٥ / ١١ / ١٩١١ مع ليبون ص ١٠٤٤ ... الدوري ١٩١٣ - ٣ ص ١٥١) وراجع فيما سبق : طبيعة التسلم ص ١٥٣ ،ص ١٨٠ وآثاره ص ٢٦٠: ٢٧٨ .

أضف إلى ذلك ،فإن الاعتداد بوقت تسلم العمل ،تاريخا لبدء سريان مدة الضمان أكثر يسرا ،وأشد انضباطا ،وأقوى يقينا ،إذ جرت العادة فى العمل أن تثبت هذه الواقعة فى محضر يسمى ،بمحضر التسليم والتسلم ،يوقع من الجانبين المسلم والمتسلم ،ويدرج به كل مايجرى فى هذه العملية ،بدءا بتاريخ حدوثها ،وهو مايهمنا فى هذا الصدد ،وانتهاء بتوقيعه من الأطراف .

وعلى ذلك ،فإن المشرع المصرى باعتداده بوقت التسلم تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى ،قد تحاشى كل ماوجه من انتقادات لكل من فكرتى الاعتداد بوقت تمام إنجاز الأعمال، أو بوقت الاستيلاء المادى ،بوضع اليد عليها من جانب رب العمل كما سبق وأن أبنا حالا . (١٢)

وإذا كان هناك ثمة نقد ،يمكن أن يوجه إلى هذا الاعتداد ، فإنه يتمثل فى التخوف من إمكان تباطؤ رب العمل فى القيام بعملية التسلم ،رغم تمام إنجاز الأعمال وعرضها عليه لتسلمها من قبل المهندس المعمارى والمقاول . أو امتناعه عن مباشرتها ،بهدف تأخير بدء سريان مدة الضمان مما يتفق وصالحه (١٣) ،خصوصا وأن واقعة التسلم هى الشطر الإيجابى ،الذى عليه أن يقوم به ، بنفسه ،أو بمن ينوب عنه ،فى عملية التسليم والتسلم ،وعدم أداء هذا الشطر يعطل تمام هذه العملية .

نقول: إذا كان هناك ثمة تخوف من ذلك - كما أشرنا قبل قليل (١٤) - فإن المشرع المصرى قد أذهب ،بنص صريح ،هذا التخوف، مستبدلا التسلم الفعلى - حالة حدوث محل التخوف هذا من رب العمل- بتسلم حكمى ،فرضه على هذا الأخير بنص صريح ،معاملة له بعكس

---

(١٢) انظر فيما سبق من ص ٣٣٩: ص ٣٤٣ والمراجع المشار إليها بحواشيها .

(١٣) انظر سانت موريس : رسالته . ص ١٠٢ .

(١٤) راجع هامش ١١ أعلاه .

مقصوده . [١٥] فنص في المادة ٦٥٥ من القانون المدني على أنه " متى أتم المقاول العمل ،ووضعه تحت تصرف رب العمل ،وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن ،بحسب الجاري في المعاملات ،فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم ،رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي ،اعتبر أن العمل قد سلم إليه " .

أما القانون الفرنسي ،فلم يصرح - على العكس من القانون المدني المصري - بارتضائه تاريخ واقعة من الوقائع الثلاث التي بيناها ،تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشري الذي قرره وأوضح شروطه بالمادة ١٧٩٢ ،حيث جاءت هذه المادة خلوا من أي إشارة إلى تاريخ بدء سريان مدة الضمان ،وأيضا المادة ٢٢٧٠ من ذات القانون [١٦] . لكن الفقه [١٧] والقضاء [١٨] هناك مجمعان على الأخذ بتاريخ التسلم تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشري المنصوص عليه بالمادة ١٧٩٢ سالفة الذكر .

وهكذا صار تحديد بدء سريان مدة الضمان - كما سبق أن

---

(١٥) شكري سرور : المرجع السابق بند ١٣٢ ص ١٦٣ .

(١٦) انظر نص المادتين ١٧٩٢ ،٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي هامش ٣ ص ٧٧ ،هـ ٩ . ص ١٩٨ فيما سبق .

(١٧) هامونيك : السابق بند ١٦٠ ص ٤٤ ومابعدها ،مينفييل رسالته بند ٢٦٩ ص ٢١٤ ،بنجر : رسالته ،بند ٢٤ ص ٥٥ ،بيدان ورودبير : حـ ١٢ بند ٢١٧ ص ٢٣٨ ،سانت موريس : رسالته ص ١٠١ : ١٠٣ ،أوبري وروو إسمان بند ٣٧٤ ص ٤١٢ (هامش ٢٩ - ٥)دالوز المفهرس ط ١٩٥٢ بواسطة مينفييل بند ١٩٣ ص ٥٣٩ ،بلانيول وربير ورواست : حـ ١١ بند ٩٥٨ ص ٢٠٣ ، بريكمونت بند ١٣٦ ص ١٤٩ ومابعدها ،فلام ولوباف : السابق . بند ٦٣٩ ص ٣٦١ ،ج. بوريكاند J.Borricand "Observations sur le marchè a forfait" د . ١٩٦٥ ص ١٠٩ عمودا ،كانتيلوب : السابق . ص ١٥٦ ومابعدها ب . سوان : السابق حـ ١ بند ٢٢ ص ٣٣ ومابعدها .

(١٨) وانظر من القضاء الفرنسي : نقض دوائر مجتمعة : في ٢ / ٨ / ١٨٨٢ س . ١٨٨٣ - ١ - ٥ تعليق LABBÉ . ١٩٤٧/٢/١١ J.C.P ١٩٤٧ - ٢ - ٣٥٩٩ تعليق A.S س حاند في ٧ / ٥ / ١٩٦٣ ، A.J.I ١٩٦٤ بند ٤٠٨٧ ،س ساريبن فنسى ١٢/ ٥ / ١٨٧٤ د . ١٨٧٤ - ٢ ص ١٧٢ ، س . ١٨٧٦ - ٢ ص ٢٤٠ ، =

أوضحنا - عند دراستنا للتسلم - من أهم الآثار التى تترتب على[19] إتمام عملية التسلم ،فمنذ وقت إتمام هذه العملية ،تبدأ مدة الضمان العشرى فى السريان ،وذلك بمقتضى صريح نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ مدنى مصرى،وطبقا لما تواضع عليه كل من الفقه والقضاء فى فرنسا .

ونأتى الآن،إلى ماسبق أن أرجأنا دراسته [20] ،من بيان لتاريخ التسلم ،باعتباره تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى.

نبذة ثانية : تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان وعبء إثباته

١ - تاريخ بدء سريان مدة الضمان هو ذاته تاريخ التسلم.

وتاريخ التسلم ،يثبت عادة فى محضر التسليم والتسلم[21] الذى يحرر بمناسبة عملية التسليم والتسلم ،التى تتم بين المقاول والمهندس المعمارى ورب العمل أو من ينوب عنه .[22] وهذا إنما يكون فى العادة عندما يتم التسلم صريحا أم حيث يتم التسلم ضمنيا)٢٣) بان يضع رب العمل يده على العمل ،ويمكن

= س.نيم فى ١٣ / ٢ / ١٩٣٥ ص١٠ ١٩٣٥ - ٢ - ١٠٧ ،س.نانس ١٨ / ١ / ١٩٣٦ المجلة القانونية العقارية ١٩٣٨ رقم ٢٢٧ ،س. رن فى ٩ / ١ / ١٩٦٣ د ١٩٦٤ . صـ ٧٤٤ .
ومن قضاء مجلس الدولة : فى ٢٣ / ٦ / ١٨٨٢ ليبون صـ ٦١٥(هذا الحكم اعتد بالتسلم المؤقت)وفى ١٢ / ١ / ١٩٣٨ ليبون صـ ٨١، وفى ١٦ / ٢ / ١٩٣٨ ليبون صـ ٧٨،وفى ١٩٤٧/١١/٢٨ليبون صـ ٦٤٥،فى ١٩٥٧/٧/١٥ A.J.D.A. ١٩٥٧-٢-٤١٤ ،فى ٢٣ / ١ / ١٩٥٩ A.J.D.A. ١٩٥٩ - ٢ - ٦٢ ،فى ١٦ / ١٠ / ١٩٦٨ مذكور فى مقال للدكتور محمد مظلوم الشامى بعنوان " من قضايا مجلس الدولة الفرنسى فى موضوع العقود الإدارية " منشور بمجلة العلوم الإدارية س ١٢ عدد إبريل ١٩٧٠ صـ ٢٠٥ .

(١٩) راجع،فيما سبق،صـ ٢٢٥ : ٢٣٠ .

(٢٠) راجع،فيما سبق،صـ ٢٧٨.

(٢١) انظر،فيما سبق،صـ ٢٥٢: ٢٥٣.

(٢٢) انظر شنب : السابق بند ١٠٩ صـ ١٢٩ ، السنهورى : =

ضمنيا [٢٣] ،بأن يضع رب العمل يده على العمل ،ويمكن من ذلك استخلاص تقبله له دون تحفظ ،فإنه يمكن التوصل إلى معرفة تاريخ هذا التسلم ،بأى طريقة من طرق الإثبات ،حيث إن واقعة وضع اليد هذه ،واقعة مادية يمكن إثباتها ،بكافة طرق الإثبات ،بما فى ذلك البينة والقرائن [٢٤] . ومن هذه القرائن التى يمكن أن يستدل بها فى حدوث التسلم الضمنى،هى تسوية الحسابات التى يقدمها المقاول ،سواء تمت التسوية بمعرفة رب العمل نفسه ،أو بمعرفة المهندس المعمارى ،إذا كان مكلفا بذلك من قبل رب العمل، وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن تاريخ هذه التسوية هو تاريخ التسلم ،الذى يعتد به فى بدء سريان مدة الضمان العشرى [٢٥] .

ولذلك قضى بأن مدة العشر سنوات الممنوحة لرب العمل كى يباشر فيها دعواه ،ضد المهندس المعمارى أو المقاول أو كليهما . عند حدوث التهدم فى البناء ،أو ظهور عيب فيه ،تسرى من اليوم الذى يكون قد تم فيه تسلم العمل مقبولا من رب العمل ،سواء كان

= الوسيط حـ ٧ بند ٦٧ صـ ١٢٢ ،هامونيك : السابق بند ١٦٠ صـ ٤٤ ،كانتيلوب : السابق ص ١٥٨ .

(٢٣) راجع ماسبق أن أوضحنا من إمكانية وقوع التسلم الضمنى . صـ ٢٣١ : ٢٣٩ .

(٢٤) انظر ماسبق أن قلناه بالنسبة لإثبات التسلم الضمنى من صـ ٢٤٣ : صـ ٢٤٨ والمراجع المشار إليها بهوامش تلك الصفحات ،وانظر كذلك ،السنهورى . الوسيط . حـ ٧ بند ٦٧ صـ ١٢٣ هامونيك : السابق .بند ١٦٤ صـ ٤٥ ،أوبرى ورووإسمان : بند ٣٧٤ صـ ٤١٢ (هامش ٢٩ ـ ٥) بلانيول وريبيروواست : حـ ١١ بند ٩٥٨ صـ ٢٠٤ ،كانتيلوب : السابق ،صـ ١٥٨ . السين الجزئية . فى ١٩٢٢/١/٣٠ G.P ١٩٢٢-١-٤٣٧ .

(٢٥) شنب : السابق بند ١٠٩ صـ ١٢٩ السنهورى :الهامش السابق مينفيل : فى دالوز المفهرس ط ١ ١٩٥٢ بند ١٩٣، سانت موريس : رسالته .صـ ١٠٢ ومابعدها .بريجيت هوين برليوز : مقالها السابق صـ ٤٦٢ وانظر عرائض فرنسى فى ٢٤ / ١ / ١٨٧٦ د . الدورى ٧٦ ـ ١ صـ ٢٦٢ ،باريس ١٨٧٤/٥/١٢ د . الدورى ١٨٧٤ ـ ٢ صـ ١٧٢ ،بورج Bourge ١٨٨٤/٥/١٤ د. الدورى ١٨٨٤ ـ ٢ ص ٢١٦ ، س. ١٨٨٤ ـ ٢ صـ ١٥٩ السين الجزئية ٨ / ٦ / ١٩٠٧ جازيت المحاكم ٢٠ سبتمبر ١٩٠٧ .

ذلك التسلم صريحا ،مسجلا فى محضر التسليم والتسلـــم، أو كان ضمنيا عن طريق الاستيلاء المادى على العمل بوضع اليد عليه وشغله بالفعل . فإن لم يوجد محضر تسليم وتسلم ،ولم يمكن إثبات تاريخ وضع اليد ،فإن بدء سريان مدة الضمان يجب أن يكون اعتبارا من اليوم الذى تتم فيه تسوية الحسابات مع المقاول (٢٦) .

هذا بالنسبة للأعمال الخاصة ،أما بالنسبة للأعمال العامة، فإن مجلس الدولة الفرنسى ،يعتد دائما فى تحديد بدء سريان مدة الضمان العشرى ،بوقت حدوث التسلم النهائى ،إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك (٢٧) أما إذا سبق وضع اليد الفعلى محضر التسليم

---

(٢٦) س.ليون فى ٣٠ من أكتوبر ١٩٤٠ مجلة العالم القضائى بليون فى ١٨من يوليو ١٩٤١ .

(٢٧) كانتيلوب : السابق ص١٦٠ : حيث تقرر فى رسالتها بأن الرأى الغالب فى فقه القانون العام ،وقضاء مجلس الدولة هناك أن أحكام المسئولية العشرية ليست من النظام العام ،ولذلك فإن المقاول والمالك لديهم كامل الحرية فى تعيين تاريخ بدء سريان مدة الضمان العشرى ،وعليه فقد قضى بأنه يكون مشروعا تماما ذلك الشرط الذى ضمن الصفقة ،والذى يقضى بالرجوع - فيما يتعلق ببدء وسريان المدة - الى المادة ١٥٤٥ من ضابط A.F.NOR P.03.001 المطبق على صفقات القانون الخاص ، والذى طبقا له يكون تاريخ التسلم المؤقت هو الأصل فى تحديد تاريخ بدء مدة الضمان العشرى ،أيا كان تاريخ محضر التسلم النهائى (ليل الإدارية فى ٤ من أكتوبر ١٩٦٣ A.J.D. A. ١٩٦٣ ٢ - ٥٠٧) وفى نفس المعنى . سانت آلارى المرجع السابق ص ٥٧٧ .

والتسلم [٢٨]،كانت العبرة بوضع اليد الفعلى ،وليست بتاريخ محضر التسليم والتسلم ،طالما كان وضع اليد تاليا على تمام إنجاز الأعمال [٢٩]. أما إذا سبق وضع اليد تمام إنجاز الأعمال ،كانت العبرة بوقت إنجاز الأعمال [٣٠].

٢) على من يقع عبء إثبات تاريخ التسلم (تاريخ بدء سريان مدة الضمان).

أما عبء إثبات تاريخ التسلم فيقع - طبقا للقواعد العامة - على من يزمع الاستفادة من ثبوته ،وعادة ما يكون رب العمل لأنه كما يقول الأستاذ السنهورى فى وسيطه " هو الذى يدعى الضمان ، فيجب أن يثبت أن سببه قد قام فى المدة التى قررها القانون "[٣١]

---

(٢٨) وهذا ما يحدث غالبا فى صفقات المحليات ، التى غالبا ما تضطر، تحت وطأة الحاجة الملحة إلى استعمال المكان، إلى شغله مبكرا قبل إتمام عمليات التسلم النهائى ، أو قبل اتمام التشطيبات النهائية البسيطة ،كما يحدث عادة فى المدارس ،مينيفيل : فى دالوز المفهرس ط ١ ١٩٥٢ بند ١٩٥ ص ٥٣٩ كاستيلوب : السابق ص ١٦٠ وما بعدها .

(٢٩) مجلس الدولة الفرنسى فى : ١٨٨٣/٤/٢٠ ليبون ص ٣٨٧، د. الدورى ٨٤ - ٣ - ١١٩ ،سيرى ١٨٨٥ - ٣ - ٢٠ ، ١٨٩٣/٥/١٩ ليبون ص ٤٤٤ د. الدورى ١٨٩٤ - ٣ - ٥٢ ،سيرى ١٨٩٥ - ٣ - ٤٠ ، فى ١٨٩٥/٥/٣١ سيرى ١٨٩٧ - ٣ ص ٩٦ ،فى ٧/٢٦ / ١٩٠١ ليبون ٦٩٦د.الدورى ١٩٠٣ - ٣ ص ١ ،سيرى ١٩٠٤ - ٣ ص ٧٤ فى ٥٣/١/٩ ليبون ص ١٠ ، فى ١٩٥٤/٥/٢٤ ليبون ص ٢٩٢ فى ٥٩/٧/١ A.J.D.A. ٥٩-٢-٢٢٥.

(٣٠) أوبرى ورووإسمان : بند ٣٧٤ ص ٤١٢ بلانيول وربير وواست جـ ١١ بند ٩٥٨ ص ٢٠٤ كاستيلوب السابق ص ١٦٦ مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩١١/١١/١٥ ليبون ص ١٠٤٤ . د. الدورى ١٩١٣-٣ - ص ١٥١ .

(٣١) السنهورى: الوسيط : جـ ٧ بند ٦٧ ص ١٢٣ ، الدورى رسالته ص ٢١٥ ،ياقوت : السابق بند ٦١ ص ١٥٦ .

إلا أننا نرى أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يكلف بإثبات تاريخ التسلم كل من يريد الاستفادة من هذا الإثبات ،فقد يكون المهندس المعماري أو المقاول ،إذا ما أراد أي منهما أن يقتضي باقي حقه من الأجر ،فعليه أن يثبت أن رب العمل قد تسلم العمل مقبولا منه في تاريخ كذا مثلا . لأنه بدون هذا الإثبات لايستطيع المطالبة بباقي الأجر (٣٢).

كذلك فإن المقاول من الباطن ، وعماله وكذا عمال المقاول الأصلي - وجميعهم من الغير بالنسبة لرب العمل - كي يستطيعوا اقتضاء باقي حقوقهم مباشرة من رب العمل طبقا للمادة ١/٦٦٢ من القانون المدني المصري ،فلا بد أن يثبتوا أن هذا الأخير قد تسلم العمل مقبولا منه ،وتاريخ هذا التسلم .

نبذة ثالثة : حالة تأخر رب العمل عن التسلم،أو امتناعه غير المشروع عنه .

الوضع العادي للأمور أن ينجز المهندس المعماري والمقاول العمل الموكل إليهما إنجازه ،تنفيذا لالتزامهما بتنفيذ العمل موضع عقد المقاولة ،وهذا العقد يفرض عليهما أيضا - ضمن ما يفرضه من التزامات - التزاما بتسليم العمل بعد تمام إنجازه إلى رب العمل وتنفيذا لالتزامهما هذا يقومان بإبلاغ هذا الأخير بتمام التنفيذ ورغبتهما في تسليمه العمل ،وأنهما يضعانه تحت تصرفه لتسلمه من قبله ،وهنا ،يوجب عليه القانون (م ٦٥٥ مدني مصر ،بالإضافة إلى التزامه العقدي بالتسلم) " أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات " فإن استجاب لذلك ،أي قام من جانبه بتنفيذ التزامه بتسلم العمل ،متى وجده خاليا من العيوب الظاهرة ،مطابقا لشروط العقد ومواصفاته ،كان بها ونعمت وإلا (٣٣) فإن

---

(٣٢)راجع ما سبق أن قررناه بشأن استحقاق الباقي من الأجر كأثر من آثار التسلم .

(٣٣) أي إذا لم يقم بتسلم العمل تأخرا منه أو امتناعا غير مشروع .

المشرع المصرى ،تحقيقا للتوازن بين مصالح الأطراف ،لم يدع المهندس المعمارى والمقاول تحت رحمة رب العمل ، الذى قد يكون متقاعسا أو متعسفا ،بل تطلب أن يدعوانه إلى ذلك بإنذار رسمى فإن استمر فى تقاعسه أو تعسفه ،اعتبر أن العمل قد سلم اليه[٣٤] .

ومعنى ذلك ،أن رب العمل إذا دعى بإنذار رسمى إلى تسلم العمل من قبل المهندس المعمارى والمقاول ،وتأخر فى ذهابه إلى مكان العمل لتسلمه ،تأخرا على غير الجارى فى المعاملات ،بحيث يمكن أن يؤخذ قرينة على امتناعه عن التسلم ،أو كان قد امتنع صراحة عن التسلم - ذهب إلى مكان العمل أو لم يذهب - وكان امتناعه عن التسلم فى الحالين ،أى سواء الضمنى منه أو الصريح، غير قائم على أساس مشروع، يمكن أن يكون سندا له فى امتناعه، اعتبره المشرع - معاملة له على عكس مقصوده كما قلنا - متسلما للعمل، اعتبارا من تاريخ الإنذار الموجه إليه . وعلى ذلك ،فمن هذا التاريخ بالذات [٣٥]تبدأ مدة الضمان العشرى فى السريان[٣٦]

(٣٤)وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٦٥٥ مدنى مصرى فى الجزء الأخير منها " .... فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى ،اعتبر أن العمل قد سلم إليه، انظر شكرى سرور : السابق بند ١٣٢ ص ١٦٣ .

(٣٥) أى من تاريخ الإنذار الرسمى وليس من تاريخ الإخطار الودى الأول ،ذلك لأن هذا الإنذار الرسمى الذى تطلبه المشرع هو العمل القانونى المنضبط ، الذى لايحتمل معه التلاعب ،والذى ينبىء عن الرغبة الأكيدة والحاسمة لكل من المهندس المعمارى والمقاول فى تسليم العمل ،فينبه بذلك رب العمل - وقد يكون متقاعسا أومتهاونا - إلى خطورة الأمر ويستحثه على اتخاذ موقف إيجابى فى هذا الخصوص.

(٣٦) محمد كامل مرسى : السابق . بند ٦٠٢ ص ٥٠٧ ، مصطفى أبو علم : مقالته السابق ،ص ٣٢ ،شنب: السابق بند ١٠٩ صفحة ١٣٠ السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٧ ص ١٢٢ ، العطار (عبد الناصر) ٥/٥٢ ص ١٢٦ ، الدورى : رسالته السابقة ص ٢٢٢ ،عنبر : السابق بند ١٦٤ / د ص ٢٠٣ ،شكرى سرور . السابق بند ٢٣٥ ص ٢٦٢ ويحيل فيه إلى البنود من ١٣٢ - ١٣٤ ص ١٦٣ : ١٦٥ ،محمد حسين منصور: السابق ص ٨٧ .

ولا يغير من الأمر شيء، أن يلجأ رب العمل [٣٧] الممتنع عن التسلم إلى القضاء، مدعيا عيوبا فى البناء، أو مخالفة لشروط ومواصفات العقد، أو مجافاة لقواعد الفن وأصول الصنعة أو عدم مراعاة للقوانين واللوائح المتعلقة بشئون التنظيم، نقول: لا يغير لجوءه إلى القضاء من الأمر شيئا، إذا ما ثبت لقاضى الموضوع، عدم مشروعية امتناعه، أى عدم صحة دعواه، إذ سيقضى الحكم طبقا لنص المادة (٦٥٥ مدنى) باعتباره متسلما للعمل من تاريخ الإنذار الموجه إليه وليس بعد ذلك، إذ الحكم فى هذه الحالة لايعدو أن يكون مقررا لوضع قائم وليس كاشفا له [٣٨].

أما فى القانون الفرنسى، فحتى ١٩٧٨/١٢/٣١ [٣٩] لم يكن هناك نص ينظم هذه المسألة، ولكن العمل كان يجرى فيها على مثل ما كان عليه الحال فى مصر، من بدء سريان مدة الضمان اعتبارا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجه من المهندس المعمارى، أو المقاول إلى رب العمل بتسلم الأعمال، الموكولة إليهما، بعد تمام إنجازها، وهو ما استقر عليه غالب الفقه هناك [٤٠].

---

(٣٧) ونرى أنه ليس ثمة مصلحة ظاهرة للمهندس المعمارى أو المقاول فى اللجوء إلى القضاء، وذلك بخصوص التسلم فى حد ذاته، لأن المشرع، باعتباره رب العمل متسلما له من تاريخ الإنذار الموجه إليه - قد كفاهما مئونة ذلك، وحقق لهما مبتغاهما، ولكن يكون من حقهما اللجوء إلى القضاء للمطالبة بباقى الأجر مثلا أو إلى القضاء المستعجل - لاسيما المقاول - لتعيين حارس على العمل إخلاء لمسئوليته عن حراسته وحفظا له من التلف أو الضياع.

(٣٨) انظر ما سبق بيانه عن التسلم القضائى وتاريخه بمناسبة دراسة التسلم كشرط لسريان أحكام هذه المسئولية الخاصة من ص ٢٢٠: ص ٢٣٠.

(٣٩) التاريخ السابق مباشرة لسريان القانون رقم ١٢ سنة ١٩٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ والذى جرى العمل به اعتبارا من أول يناير ١٩٧٩.

(٤٠) مينفييل: رسالته، بند ٢٧٠ ص ٢١٥، بيدان وروديير: ج ١٢ بند ٢١٧ ص ٢٣٨، سانتموريس: رسالته: ص ١٠٣، انسيكلوبيدى دالوز ط ١ ١٩٥٢ بند ١٩٣ ص ٥٣٩، أوبرى وررووإسمان بند ٣٧٤ ص ٤١٢ هامش ٢٩ مكرر (٥) " من يوم الإنذار أو من يوم إيداع تقرير الخبير=

وعلى ذلك فإنه سوف يترتب بداهة على امتناع رب العمل عن التسلم ،أنه لايكون له حق الرجوع على المهندس المعماري والمقاول بدعوى الضمان العشرى ،وذلك لعدم بدء سريان مدة الضمان بعد (٤١) .

نبذة رابعة : ما الوقت الذى يعتد به تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى . إذا حدث التسلم على دفعات ؟

سبق أن أوضحنا ونحن بصدد بحث الطرق التى يتم بها التسلم، أن التسلم كما يمكن أن يكون كليا ،يمكن كذلك أن يكون جزئيا ،متى كانت طبيعة العمل الذى تم إنشاؤه لا تأبى ذلك ،ولم يمنعه فى العقد شرط مانع (٤٢) .

ولا صعوبة فى الأمر حيث يكون التسلم كليا منصبا على كل الأعمال ،فتاريخ هذا التسلم هو تاريخ بدء سريان مدة الضمان العشرى.

= اذا ندب للدعوى خبير " بلانيول وريبير ورواست بند ٩٥٨ ص ٢٠٣ ،بريكمونت السابق بند ١٣٧ ص ١٥٠ ،فلام ولوباف: السابق بند ٦٣٩ ص ٣٦١ .وانظر أيضا كانتيلوب : السابق ص ١٥٨ التى تقرر "أنه إذا تأخر (أى رب العمل) أو رفض دون مبرر مشروع ،فالقاضى هو الذى يحدد تاريخ التسلم بعد رفع الأمر إليه ،وكذلك الأمر فى حالة التسلم الضمني ،آخذا فى الاعتبار كافة الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى " .

وأنظر من القضاء الفرنسى : عرائض فى ١٨٧٦/١/٢٤ سيرى ١٨٧٧ - ١ - ٢٠٤ نقض دوائر مجتمعة فى ١٨٨٢/٨/٢ ،سابق ،بورج فى ٣٤ / ٥ / ١٨٨٤ سابق ،مجلس الدولة فى ١٩٤٩/١١/٩ ليبون ص ٤٦٧

(٤١) انظر تطبيق هذه البدهية : حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٦٨/١٠/١٦ مذكور فيما سبق هامش ١٨ ص ٣٤٦ ، الدورى : السابق ص ٢٢٦ ،كاستون : السابق . بند ١٩٧ ص ١٠٦ وما بعدها و بند ٢١٨ ص ١١٦ ،وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٦٧/١١/٢٧ A.J.P.I ١٩٦٩ ص ٨٢٧ . س.رن فى ١٩٦٣/١/٩ . د. ١٩٦٤ ص ٧٤٤ تعليق مينفييل . باريس الجزئية (الحى السابع) ١٩٦٨/٣/٢٢ مذكور فى كاستون السابق هامش ٩١ ص ١٠٧ .

(٤٢) راجع فيما سبق ص ص ٢٤٥ : ص ٢٤٧ والمراجع والأحكام المشار إليها بكل منها .

إنما يثور التساؤل حيث يتم التسلم جزئيا - أى على دفعات بحسب ما يتم إنجازه من الأعمال - عن التاريخ الذى يعتد به فى بدء سريان مدة الضمان العشرى .

هل يعتد بتاريخ تسلم كل دفعة من الأعمال على حدة ،تاريخا لبدء سريان مدة الضمان ؟ فنكون بصدد مدة ضمان مستقل لكل جزء تم تسليمه من الأعمال،أى أن تتعدد الضمانات بتعدد الأجزاء المستقلة التى انقسم إليها العمل ،أم يكون الاعتداد بتاريخ تسلم آخر دفعة من الاعمال ،لتبدأ منه وحده مدة الضمان العشرى فى السريان ؟

انقسم الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا حول هذا الموضوع من قائل بالاعتداد بالتسلم الجزئى لكل دفعة من الأعمال على حدة تاريخا لبدء سريان مدة ضمان عشرى بالنسبة لهذه الدفعة ،متى كانت تجزئة التسلم ممكنة ،لا تأباها طبيعة العمل ولا يرفضها شرط فى العقد ،وهو الرأى الذى رجحه غالب الفقه المصرى (٤٣) ،وهو أيضا ما يميل إليه فقه القانون العام وقضاء مجلس الدولة فى فرنسا (٤٤)

---

(٤٣) انظر من القائلين بهذا الرأى من الفقه المصرى : شنب السابق بند ١٠٩ ص ١٣٠ ،السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٧ ، ص ١٢٢ العطار (عبد الناصر) السابق . بند ٥٢ /ص ٥ ص ١٢٧ ، الدورى :السابق ص ٢٨٨ ومابعدها عنبر : السابق بند ١٩٤/د ص ٢٠٣ ،ياقوت : السابق بند ٦٣ ص ١٥٩ ،محمد حسين منصور : السابق ص ٨٧ .

وانظر من مؤيدى هذا الاتجاه من فقه القانون الخاص بفرنسا وهم قله : مينفييل : فى رسالته بند ٢٧١ ص ٢١٥ ،وفى انسيكلوبيدى دالوز ط /١ ١٩٥٢ بند ١٩٧ ص ٥٣٩ ،وكذلك ،فلام ولوبماف : السابق بند ٦٤٤ مكرر ص ٣٦٤ ،لابان : رسالته السابقة ص ١١٨ ،وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٧٠/٥/٥ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٣٠٤ ص ٣٢٢.

أورده أيضا BRUN فى مؤلفه "La jurisprudence pratique des Travaux immobiliers ط ١٩٧٩ رقم ٤ ص ٨٤ ، س ريوم Riome فى ١٩٥٠/١١/٢٠ د. ١٩٥١ ص ١٧٩.

(٤٤) كانتيلوب : رسالتها ص ١٥٨ وما بعدها . مجلس الدولة فى ١٩٥٩/١/٢٣ . A. S. D. A ١٩٥٩ - ٢ ص ٣٦ تعليق مونتميرل وفى ١٩٦٥/١١/٥ . مجلة القانون الإدارى ١٩٦٥ بند ٣٦٤ .

أما الرأى الآخر ،فهو ما يقول بطرح كل تسلم جزئى تم بصدد دفعة معينة من الأعمال ،وعدم الاعتداد إلا بالتسلم الذى يتم بالنسبة لآخر دفعة أو جزء من الأعمال . وهذا هو الرأى الغالب فى فقه القانون الخاص بفرنسا (٤٥)،ويميل إليه بعض من الفقه المصرى (٤٦).

ونحن من جانبنا أميل إلى تأييد الرأى الأول . لأنه :

١) يتوسط الأمر ،ويبدو أكثر استجابة للضرورات العملية وتيسيرا للتعامل بين الأفراد ويتفق ،حقيقة ،وطبائع الأمور.

٢) بتفحصنا لكتابات القائلين بالرأى الثانى ،من الفقهيين الفرنسى والمصرى والأمثلة التى يوردونها ،اتضح لنا أنهم إنما يتكلمون فى الغالب عن البناء الذى لايقبل التجزئة بطبيعته ،بل هو كل مترابط ،وإن تم تسلمه على دفعات متوالية ، طبقا لاتفاق الأطراف على ذلك (٤٧) ،من ذلك على سبيل المثال ما يقوله نيجر(٤٨)

"L'édifice Forme un tout, dont les parties sont solidaires..."

---

(٤٥) فرانك FRANK " مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين " رسالة باريس ١٩١٠ ص ١٧٦ . ر. نيجر: رسالته بند ٢٦ ص ٥٩ ،سانت موريس : رسالته ،ص ١٠١ ،بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٨ ص ٢٠٣ ، وانظر أيضا س باريس فى ١٨٧٤/٥/١٢ سابق .

(٤٦) محمد كامل مرسى : السابق بند ٦٠٢ ص ٥٠٧ توفيق فرج مذكراته . ص ٥١ مصطفى أبو علم ،مقاله السابق ص ٣٢ .

(٤٧) وهو مالا يجادل فيه القائلون بالرأى الأول .

(٤٨) ر. نيجر : رسالته السابقة : بند ٢٦ ص ٥٩ .

وأيضا ،ما يقوله سانت موريس (٤٩) " Les tribunaux donnent pour point de départ le jour de la réception definitive des travaux , et non de la réception partielle, Car , comme le dit la Cour de Paris dans arrêt du 12 mai 1874, la construction d'une maison formant un ensemble composé divers travaux.."

نبذة خامسة : حالة التسلم المزدوج ،وكيفية تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان العشرى :

أوضحنا أيضا عند دراستنا لطرق التسلم (٥٠) أنه - (أى التسلم متأثرا بعامل الزمن - يمكن أن يتفق على حدوثه مؤقتا ، لفترة من الوقت ،أولا ،ريثما تتم الاستجابة لما أبداه أو يبديه خلالها رب العمل من ملاحظات أو تحفظات بشأن ما يلاحظه من عيوب ظاهرة له ،ثم يصير بانتهاء هذه المدة نهائيا .

والمشكلة الماثلة للبحث الآن هى : هل يعتد بتاريخ التسلم المؤقت ،أم بتاريخ التسلم النهائى تاريخا لبدء سريان مدة الضمان (٥١).

---

(٤٩) سانت موريس : رسالته السابقة ص ١٠١ ،وانظر أيضا س باريس فى ١٨٧٤/٥/١٢ سابق .

(٥٠) انظر فيما سبق، ص ٢٤٠ : ٢٤٧ .

(٥١) ولا يخفى مافى الاعتداد بهذا أو ذاك من أثر على مصلحة كل من الطرفين .

ينعقد إجماع الفقه المصرى - الذى تعرض لهذه المسألة - على أن العبرة فى تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان العشرى فى هذه الحالة ،يكون بتاريخ التسلم النهائى ،فهو وحده الذى يفيد القبول أما الاستلام المؤقت ،فهو لايفيد معنى قبول العمل للبناء (٥٢).

أما القضاء المصرى ،فقد سبق لمحكمة الاستئناف المختلطة أن قضت بعكس ذلك حيث قررت أن العبرة فى تحديد بدء سريان مدة الضمان العشرى هى بتاريخ التسلم المؤقت وليس بتاريخ التسلم النهائى (٥٣)،وذلك فى تقديرنا جريا على سنن بعض القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص على ما سنراه بعد قليل (٥٤) .

أما محكمة النقض المصرية ،فيبدو - كما يقرر الأستاذ الدكتور شكرى سرور - أن هذه المشكلة لم تطرح عليها بعد ،إذ اكتفت الأحكام التى أصدرتها فى خصوص الضمان العشرى بتحديد بداية سريانه من وقت تسلم الأعمال ،دون إشارة إلى نوع هذا التسلم (٥٥).

---

(٥٢) فؤاد العطار : رسالته • ص ٣٧٣ ،شنب : السابق ص ١٠٩، ص ١٣٠ ، السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٧ ص ١٢٢ هامش ٣ بها ،العطار (عبد الناصر) : السابق بند ٥٢ - ٥ ص ١٢٧ ،الدورى : رسالته ص ٢٣٠ ،عنبر : السابق بند ١٦٤ - هـ ص ٢٠٣ ،ياقوت : السابق بند ٦٢ ص ١٥٦ ،شكرى سرور : السابق بند ٢٢٩ ،ص ٢٥٤ ، ٢٣٥ ص ٢٦٢،محمد حسين منصور ص ٨٧ •

(٥٣) س مختلط فى ١٩١٤/٦/٣ بيلتان مج ٢٦ ص ٤٠٧ مذكور أيضا فى شنب : الهامش السابق •

(٥٤) انظر القضاء المشار إليه فى هامش ٦٤ ص ٣٦١ فيما بعد•

(٥٥) شكرى سرور : السابق ،بند ٢٣٠ ص ٢٥٥ ،وانظر الأحكام التى أشار إليها سيادته فى هامش ٢٢٢ بها •

أما فى فرنسا ،فإن الرأى قد انقسم حول هذه المسألة بين مكتف بالتسلم المؤقت ،ومتمسك بالنهائى ،ومتوسط فى الأمر .

١) أما من اكتفى بالتسلم المؤقت (٥٦) فحجته :

أ) أن الفقه والقضاء قد اجمعا - كما سبق أن بينا (٥٧) على أن مدة الضمان العشرى هى مدة تجربة واختبار لمتانة البناء وصلابته ،واستطاعته الوفاء بما خصص له من غرض ،ومتى كان الأمر كذلك ،فإن هذا الهدف المقصود من تقرير هذه المدة ،لمتحقق بالتسلم المؤقت ،إذ من الناحية الفنية ،تبدأ تجربة البناء واختبار مكانته وصلابته وصلاحيته لغرضه ،من تاريخ أول عملية معاينة له ،متى تمت دون إبداء أى تحفظات (٥٨).

ب) ان الاعتداد بالتسلم النهائى ،كتاريخ لبدء سريان مدة الضمان العشرى ،وإن كان يقدم حماية فعالة لرب العمل إلا أنه فى الجانب المقابل ،يجعل المهندس المعمارى والمقاول تحت رحمة رب العمل ،إذ يكفى هذا الأخير أن يذكر بعض التحفظات ،التى غالبا ما تكون تافهة أو متعلقة بأعمال ثانوية فى البناء ،كى يعرقل بها عملية التسلم ويمنع ترتيب آثاره ،فيطيل بذلك مدة الضمان . لذلك ، فإن العدالة تقتضى القول بالأخذ بالتسلم المؤقت لإبراء ذمة المهندس المعمارى والمقاول من التزاماتهما تجاه

---

(٥٦) انظر الفقه والقضاء المشار إليه فى الهوامش التالية من هامش ٥٨ الى هامش ٦٧ .

(٥٧) راجع فيما سبق من ص ٢٩٣ : ٣٠٥ .

(٥٨) فلام ولوباف : السابق بند ٦٤٣ ص٣٦٣ :

" Il faut des lors conclure que la garantie décennale pour point de départ la réception prouisoire , c'est - à-dire la première opération de constatation contradictoire

رب العمل (٥٩) خصوصا وأن هذا التسلم غالبا ما يتم عقب تمام إنجاز الأعمال مباشرة ودون إبطاء ،لذلك لزم - عدالة - أن يكون تاريخه تاريخا لبدء سريان مدة الضمان (٦٠) .

ج) كذلك فإن القول بالاعتداد بتاريخ التسلم النهائي تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى ،سوف يؤدى بالضرورة إلى زيادة مدة الضمان الى أحد عشر عاما أو أكثر بدلا من عشر سنوات الأمر الذى لايجوز دون نص تشريعى يقرره ،لتعلق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالنظام العام (٦١).

هذا ولقد تبنت معظم كراسات الشروط والعقود النموذجية هذا الاتجاه ،فنصت صراحة على الاعتداد بتاريخ التسلم المؤقت تاريخا

---

des lieux , laquelle a en effet pour objet de transférer la garde et les risques de l'ouvrage . Sur le plan technique l'épreuve du bâtiment commence à cette date et non après "

وانظر مطابقا لهذا القول لفظا ومعنى ليتافو : قانون البناء ط ، ١٩٧٦ ص ٢٨٤ ،مذكور أيضا فى لابان : رسالته ص ١١٥ وما بعدها ،وانظر فى نفس المعنى حكم فرساى الإدارية فى ٧ من يوليو ١٩٧٢ - مذكور فى كاستون : السابق بند ٢٢١ ص ١١٧ هامش ٤٧ بها - حيث قضت :

"…. que devrait être prise en considération la date de la visite de la commission administrative proposant ladite réception provisoire.. Les Travaux sont dès ce moment en étant d'être reçus , quant bien même le procès-verbale porterait une date postirieure à celle de la visite"

(٥٩) بسوان ج ٢ بند ٣١ ص ٥٤٤ بند ٣١ ص ٥٤٤ ،سانت آلارى : قانون البناء ، ط ١٩٧٧ص ٥٧٧ .

(٦٠) سانت موريس : رسالته ،ص ١٠٢ .

(٦١) ر. نيجر : السابق ، بند ٢٦ ص ٥٨ ،سانت موريس رسالته : ص ١٠٢ ،فلام ولوباف : السابق ، بند ٦٤١ ص ٠٣٦٣ جاك =

لبدء سريان مدة الضمان العشرى (٦٢) ،وهذا ما أكدته إجابة وزير التشييد والبناء الفرنسى على سؤال (مسيو Nassie عضو الجمعية الوطنية الفرنسية حيث أكد لهذا الأخير ،أن جميع كراسات الشروط والعقود النموذجية تقريبا - سواء على مستوى الأعمال الخاصة أو العامة - قد تبنت ،أو فى طريقها إلى تبنى ،تاريخ التسلم المؤقت ،تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى (٦٣).

كذلك فقد أخذت بعض أحكام القضاء بهذا الاتجاه (٦٤)وإن كان تمحيصها يكشف عن أن بعضها يستند فى تسبيبه إلىعدم تضمن التسلم المؤقت لأى تحفظ ، وعلى ذلك ،فهو يختلط تماما مع التسلم دون قيد

= مونتميرل : ابرام وتنفيذ صفقاتالأعمال العامة ط ١٩٧٥، بند ٤١٧ ص٣٤٧ ،مذكور أيضا في لابان : رسالته ص١١٦ ،١١٧ وانظر عرضا موجزا لهذه الحجج : كاستون : السابق : بند ٢٣٠ ، ص ١٢٠.

(٦٢) انظر على سبيل المثال :

Art.15, 45 (Norme AFNOR P. 03,001 (fèv, 1948)
" ... la date de la réception provisoire constitue l'origine et marque le point de départ de la responsabilité décennale quelle que soit la date du procs-verboale de réception definitive ..."

وانظر أيضا المادة ٤١ من كراسة الشروط العامة لصفقات الدولة ط ١٩٥٥، ١٩٦٤ Cahier général " des charges des marehés de l'Etat" فى فلام ولوباف السابق بند ٦٤٤ ص ٣٦٤ .

(٦٣) J.O. déb. Ass. Nat . du 22 août 1964.

(٦٤) انظر من ذلك على سبيل المثال : نقض مدنى فرنسى (٣) فى ١٩٦٩/١/٩ بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٢٩ ص ٢٦ ،وفى ٨ /٥/ ١٩٦٩بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٢٩ ص ٢٦ ،وفى ٨ /١٩٦٩/٥ بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٣٥٧ ص ٢٧٤ R.T.D.C. ١٩٧٠ ص ١٩٤ ،د٠ ١٩٦٩ ص ٦٥٣ ،١٠/١٠/٦٩ بيلتان ١٩٦٩ - م رقم ٦٣٩ ص ٤٨٣ ،فى ١٩٧٠/٣/١٨ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٢٠٧ ص ١٥٢ ،نقضمدنى ١ فى ١٩٧٠/١٠/٢٠ بيلتان ١٩٧٠ - ١ رقم ٢٦٩ ص ٢٢٠ ،س.كان فى ٦٥/٢/١ غير منشور ،س باريس فى ٢٧ /٩/ ٦٥غير=

أو شرط [٦٥] بمعنى أنها تستظهر نية رب العمل ،فى تقبله للعمل وحيازته له [٦٦] غير عابىء بما إذا كان قد وصف التسلم بأنه مؤقت أو نهائى ،مما يدل على أن القضاء الفرنسى ،كان قد سعى نحوتكريس فكرة وحدة التسلم قبل مشرعه [٦٧].

٢) وأما من تطلب تمام التسلم النهائى [٦٨] للقول ببدء سريان مدة الضمان العشرى فيخلص استدلاله فيما هو آت :

أ) أن التسلم المؤقت ما هو إلا عمل تحضيرى ،أو تمهيدى ، أو هو مرحلة فى إقرار الأعمال وتقبلها ،فلا يمكن أن يتخذ تاريخه ـ دون

= منشور (الحكمات نقلا من كاستون السابق ٠ هامش ٤٢ ص ١١٦) س كولمار ٧٦/٧/٦ ؛ Rev.jur.de l'Est ديسمبر ١٩٧١ ص ١٥٩ ،باريس الجزئية ١٥/ ١١/ ١٩٧٠ A.J.P. I ١٩٧٠ ص ٤٥٦ تعليق كاستون ٠

(٦٥) نقض مدنى فرنسى (٣) فى ١٩٧٠/٤/٢٣ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ - رقم ٢٦٦ ص ١٩٦ ،فى ٨ /٥ /١٩٦٩ سابق ،س باريس فى ١٩٦٧/٥/٣١ ١٩٦٩ رقم ١١٧ ص ٨٢٤ ٠

(٦٦) س ليون فى ١٩٧٤/١/١٥ G.P. ١٩٧٤ - ٢ ص ٧٠٤ تعليق بلانكيبل ٠

(٦٧) بوبلى : السابق بند ٢٢١ ص ١٣٦ وما بعدها ٠

(٦٨) هامونيك : السابق بند ١٦٨ ، ١٧٤ ص ٤٦ ، ٤٧ بريكمونت السابق : بنود ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٩ ص ١٤٩ : ١٥١ ،كانتيلوب ٠ السابق ص ١٥٧ ،كريستيان جابولد: مقال " المسئولية العشرية فى القانون العام " J. C. P " ١٩٦٨ - ١ - ٢١٩١ ٠ بند ٧ لابان : رسالته ص ١٢١ ، ١٢٢ ،فرانك مودرن : مقال :

" La distinction de la responsabilité décennale et de la responsabilité contractuelle des constructeurs dans le droit des Travaux publics " G.P. 1975, 1, Doc. P. 81.

بوبلى : الهامش السابق ٠ ص ١٣٧ ٠

كاستون : السابق ٠ بند ١٣٠ ص ١٢٠ ٠ وانظر من القضاء الفرنسى : نقض مدنى فى ١٩٤٦/١٢/٦ S.T ١٩٤٦ لفظ Architecte رقم ٣وفى ١٩٤٧/٢/١١ J.C.P ١٩٤٧ - ٢ - ٣٥٩٩٠ وفى ١٩٦٥/١/١٧ بيلتان ١٩٦٥ - ١ رقم ٣٢١ ص ٢٣٧ وفى ١٩٦٥/٥/٣١ ١٩٦٦ رقم ٧٢ ص ٥١٣ ،حيث قضى بان مدة الضمان لايمكن أن تبدأ فى=

دون اتفاق صريح على ذلك - تاريخا لبدء سريان مدة الضمان (٦٩).

ب) أن التسلم النهائى، هو وحده الذى يشير إلى تمام إنجاز الأعمال (٧٠) وإلى إقرارها وتقبلها من رب العمل، وبالتالى يضع نهاية زمنية لتطبيق قواعد المسئولية العقدية، فى حين يفتح باب سريان المسئولية العشرية (٧١) وإذا كان هناك بعض الأحكام (٧٢) قد أحالت أيضا إلى تاريخ التسلم المؤقت، فما ذلك إلا لأنها اعتبرت - بدون شك - أن تنفيذ التزام المقاول يكون مقتضى فى هذا

= السريان دون حدوث التسلم النهائى وفى ١٩٦٧/٦/٢١ بيلتان ١٩٦٧ - ١ رقم ٢٢٩ ص ١٦٩ J.C.P ١٩٦٨ - ٢ - ١٥٣٤١ تعليق ليت - قو، فى ١٩٧٠/٣/١٨ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٢٠٧ ص ١٥٢، فى ١٩٧٢/٤/١٨ بيلتن ١٩٧٢ - ٣ رقم ٢٣٤ ص ١٦٨ اس نيم فى ١٩٣٥/١٢/١٣ سيرى ١٩٣٥ ٢ ص ١٠٧، نانسى فى ١٩٣٦/١/١٨ R.J.I ١٩٣٨ رقم ٢٢٧ والمجلة القانونية والمالية للمشروعات ١٩٣٨ رقم ٣٣٣، بروكسل فى ١٩٤١/١١/١٢ B. J. I ١٩٤٢ - ٣٠، رن فى ١٩٧٥/١٢/١ (لم ينشر) نقلا من بوبلى هامش ٥٣ ص ١٣٧.

وانظر من قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٦٦/٣/٣٠ ليبون ص ٢٥٤، ١٩٧٤/١/٩ G. P ١٩ - ٢٠ فبراير ١٩٧٥ تعليق مودرن، فى ١٩٧٥/١١/٢٦ G.P. ١٩٧٦ - ٢ ص ٦٥٦ تعليق مودرن والاعتداد بتاريخ التسلم النهائى هو المبدأ العام فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى، مالم يكن هناك اتفاق على غير ذلك، أو مالم يكن قد تم الاستيلاء على العمل، بوضع اليد عليه من جانب رب العمل بعد تمام إنجازه.

(٦٩) كانتيلوب : السابق ص ١٥٧.

" La réception provisoire n'est qu'une opération préparatoire , une étape dans l'appropriation des ouvrages ... elle ne peut pas par suite servir sauf si une clause expresse le prévoit, de point de départ de la responsabilité décennale

وانظر أيضا كاستون : الهامش السابق.

(٧٠) بوبلى : السابق بند ٢٢١ ص ٣٣٧.

" ... qui (أى التسليم النهائى) seule marque l'achèvement complet des travaux

(٧١) كاستون : السابق : بند ١٣٠ ص ١٢٠.

" Seule la réception définitive met un point final à la responsbilité contractuelle et ouvre de ce fait le délai de la responsabilité décennale

(٧٢) راجع الأحكام المشار إليها فى هامش ٦٤ أعلاه

التاريخ (٧٣) .

ج) أما القول بأن العيوب التى تؤخر التسلم النهائى ،قد تكون تافهة القيمة ،إذا ما نظر إليهامنسوبة إلى ما أدى من أعمال ،فليس هذا غالب شأنها ،فقد تكون هذه العيوب من الخطورة بمكان ،بحيث لا يعقل القول مع وجودها ،بأن المهندس المعمارى، أو المقاول قد نفذ التزاماته التعاقدية تجاه رب العمل تنفيذاتاما مخليا لمسئوليته (٧٤).

د) كذلك ،فإن حراسة الأعمال المزمع إنشاؤها ،ومكان إنشائها، وأيضا تحمل تبعة مخاطر هلاكها أو تلفها ،لاتنتقلان إلى رب العمل إلا مع التسلم النهائى وليس مع التسلم المؤقت (٧٥).

هـ) أما ماقيل بأن الاعتداد بالتسلم النهائى ،تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى ،يجعل مدة هذا الضمان ترتفع إلى أحد عشر عاما أو أكثر ،فهو قول يفتقد الاتفاق مع الواقع ،ذلك أن مدة الضمان العشرى ،لا تبدأ إلا بتاريخ التسلم النهائى ،أما المدة التى تفصل بين التسلم المؤقت والتسلم النهائى ،فإن المقاول يظل فيها خاضعا للأحكام العامة فى المسئولية العقدية (م ١٦٤٧ وما بعدها من القانون المدنى الفرنسى) - وليس لأحكام المسئولية الخاصة - باعتباره لم يوف بعد بالتزاماته التعاقدية .(٧٦) وعلى ذلك فليس ثمة زيادة فى مدة الضمان العشرى .

---

(٧٣) انظر بويلى : هامش ٧٠ أعلاه .

(٧٤) لابان : رسالته السابقة ص ١١٦ .

(٧٥) كاستون : هامش ٧١ أعلاه .

(٧٦) بوبلى : السابق ط ١ ١٩٧١ بند ٢٣٤ ص ١٦٥ ،كاستون السابق : بند ١٣٥ ص ١٢٠ .

و) وإذا كان هناك ثمة تخوف ،مبعثه أن يتعمد رب العمل تأخير التسلم النهائى ،بشكل تعسفى ،كما لو تمسك بعيوب من التفاهة بمكان بحيث لا تشكل خطرا يتهدد البناء ،لافى متانته وصلابته، ولا فى مبلغ أدائه لغرضه ،فإن أشياع هذا الاتجاه يوجدون الحل لذلك ،باتجاه المقاول إلى القضاء الموضوعى ،للبت فى الأمر ولهذا القضاء مطلق السلطة فى تحديد التاريخ الذى يرى أنه كان يمكن أن يتم فيه التسلم النهائى لولا تعسف رب العمل وتسلطه (٧٧).

(٣) أما الاتجاه الذى توسط الأمر ،فكان مبلغ همه - كماسبق أن ألمحنا - الوقوف على الإرادة الحقيقية لرب العمل ،وعما إذا كانت هذه الإرادة قد اتجهت فعلا إلى تقبل العمل وإجازته ،سواء فى مجموعه أو فى جزء منه ،أم العكس . ولقد تنوعت سبل هذا الاتجاه فى الوصول إلى هذا المبتغى ،بين موجب على المحاكم الموضوعية أن تبحث عن اللحظة التى يعتبر فيها رب العمل قد أعطى موافقته على الأعمال دون تحفظ (٧٨)، إلى باحث عن أهمية ما يبدى من تحفظات

---

(٧٧) كاستون : السابق ط ١٩٧٤ بند ٤٣٣ ص ٢٣٦ مذكور فى لابان : ص ١٢٠ وما بعدها .

(٧٨) وذلك حيث تنص الصفقة على التسلم المزدوج - دون أن تحيل إلى ضابط P.. 03 , 001, AFNOR انظر مازو . مطول المسئولية ج ٢ بند ١٠٧٠ - ٩ ،ص ٩٠

" Lorsque . sans se réferer à la norme 03, 001, le marché prévoit une double réception ,les tribunaux doivent rechercher à quel moment le maître a donné son acceptation sans resérve , jusqu-à ce moment ,ce sont les régles génerales de garantie avant réception qui doivent s'appliquer"

وانظر أيضا شكرى سرور : السابق بند ٢٣٤ ص ٢٦٠ وما بعدها .

ومدى خطورتها ،فإن كانت هذه من الأهمية أو الخطورة بمكـــان، كان الاعتداد ،بالنسبة للأعمال فى مجموعها ،بالتاريخ الذى تُزال فيه كل أسباب إبدائها ،وإلا فمن تاريخ التسلم المؤقت (٧٩) أما حين تتعلق التحفظات ببعض الأعمال دون البعض الآخر ،وتكون الأعمال بطبيعة الحال ،مما يقبل التجزئة كما سبق أن بينا (٨٠) - فإن العبرة تكون بالتسلم المؤقت ،بالنسبة للأعمال التى لم تكن محلا لتحفظات ،أما بالنسبة لتلك التى شملتها تحفظات رب العمل كان الاعتداد باليوم الذى تزال فيه كل أسباب إبدائها ،(٨١) كما سبق أن قلنا (٨٢).

---

(٧٩) نقض مدنى فرنسى (٣) فى ١٩٧٥/٦/١٧ بيلتان ١٩٧٥ - ٣ رقم ٢٠٠ ص ١٥٠ J.C.P. ١٩٧٥ - ٤ ص ٢٥٨ ،فى ١/٢/ ١٩٧٧ بيلتان ١٩٧٧ - ٣ رقم ٥٢ ص ٤٠ . أشار إليهما أيضا شكرى سرور الهامش السابق (هامش ٢٤٨ ،٢٤٩ ص ١٦١) وانظر فى نقد هذا الاتجاه لمحكمة النقض الفرنسية ليت - فو Jur.class. coustruc ملزمة ٢٠٣ بند ٣٥٣ ،وانظر أيضا تعقيبا على تنوع اتجاهات القضاء الفرنسى ، فى هذا الخصوص ،طبقا لظروف كل دعوى وفى أن المسألة ما عولج منها طبقا لقواعد العدالة أكثر منه طبقا لقواعد القانون :

كاستون : السابق بند ٢٣١ ص ١٢٠ وما بعدها ،مشار إليه أيضا فى شكرى سرور : بذات الموضع أعلاه هامش ٢٤٩ ،مع اختلاف رقم البند ،أساسه الخطأ المادى فى الكتابة ،والصحيح ماذكرنا .

(٨٠) راجع ،فيما سبق ،من ص ٣٥٤ : ٣٥٧ .

(٨١) ليت - فو : " المسئولية العشرية والثنائية " Jur.class.eiv.fasc.1-A.construc ملزمة ٢٠٣ رقم ٣٥٢ ،نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ٦٩/٦/٦ بيلتان ١٩٦٩- ٣ - رقم ٤٥٥ ص ٣٤٧ فى ١٩٧٤/٦/٢٥ . J.C.P ١٩٧٤ - ٤ ص ٢٩٥ ،بيلتان ١٩٧٤ - ٣ رقم ٢٦٢ ص ١٩٧ ،فى ١٩٧٣/١١/٧ بيلتان ١٩٧٣ - ٣ رقم ٥٧٢ ص ٤١٧.

(٨٢) راجع ،فيما سبق ،ص ٣٥٥ .

رأينا فى المسألة

ونحن من جانبنا أميل إلى تأييد الرأى القائل بالاعتداد بتاريخ التسلم النهائى، تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشرى لما سبق أن عرضناه من حجج ساقها مناصروه، ولما كنا قد انتهينا إليه فى دراستنا للطبيعة القانونية للتسلم، من أنه عمل مختلط يتمثل فيه الجانبان، المادى والإرادى وإن كان الأخير فيه أظهر [(٨٣)] وهذا الاتجاه - فى تقديرنا - هو ما يتفق مع مسلك المشرع المصرى الذى جعل من التسلم نقطة لبدء سريان مدة الضمان العشرى، (م ٦٥١ / ٣ مدنى) وحتى يقال : إن هناك تسلما قد حدث، وتترتب عليه آثاره القانونية، والتى أظهرها بدء سريان مدة الضمان العشرى، فلابد أن يكتمل عنصرى هذا التسلم من مادى وإرادى، ولايكتمل هذان العنصران، لاسيما الأخير منهما - إلا بالتسلم النهائى، فهو وحده الذى يعبر عن الإرادة الباتة و الجازمة لرب العمل فى تقبله للعمل وإقراره إياه .

نبذة سادسة : بدء سريان مدة الضمان العشرى بالنسبة لأعمال الإصلاح التى تتم خلالها .

وضع المسألة : قد يحدث - بعد أن يتم التسلم النهائى للأعمال كما سبق أن بينا، تهدم جزئى فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر، أو يظهر عيب معتبر فيه، فيقوم المقاول - إراديا أو قضائيا - بإصلاح ما قد حدث، أو إزالة ما قد ظهر . فهل تحسب مدة الضمان العشرى بالنسبة لأعمال الإصلاح التى تمت اعتبارا من التسلم النهائى الأول للأعمال ؟ أم اعتبارا من تاريخ تسلمها هى فقط وليس قبل ذلك ؟

---

(٨٣) راجع فيما سبق من ص ١٧٢ : ص ١٧٤ .

يذهب رأى فى الفقه (٨٤) إلى أنه لاينبغى أن تبدأ مدة ضمان جديدة بالنسبة لأعمال الإصلاح اعتبارا من يوم تسلمها تسلما نهائيا ،وإنما تسرى عليها مدة الضمان الأصلى التى بدأت منذ تاريخ التسلم النهائى لكل الأعمال . والتى تمت أعمال الاصلاح فى خلالها .

ويعلل بريكيمونت ـ صاحب هذا الرأى ـ وجهة نظره هذه ،بأنه إذا كانت الأعمال قد سلمت نهائيا فإن المهندس المعمارى والمقاول لم يقصدا بوضوح إلى الغاء عقد التسلم الذى أبرماه مع رب العمل (٨٤م) وإن وافقا على إصلاح العيوب التى ظهرت خلال فترة الضمان العشرى بل يستمر العقد قائما بين أطرافه .

وإن كان لايستبعد صاحب هذا الرأى أن تطال المدة بمقتضى الاتفاق الصريح بين الأطراف بشرط أن يكون هذا الاتفاق واقعيا وحقيقيا ،ولكن لاينبغى أن يفهم من قيام المهندس المعمارى والمقاول بأعمال الإصلاح ،حتى ولو تم إراديا : على أنه إعراب عن إرادتهما فى قبول إطالة مدة الضمان العشرى بالنسبة لهذه الأعمال (٨٥).

على أن الرأى الغالب فى الفقه والقضاء ،سواء فى مصر أو فى فرنسا ،هو أن أعمال الإصلاح التى تتم خلال سريان مدة الضمان العشرى ـ وديا أو قضائيا ـ تقتضى مدة ضمان جديدة ،تبدأ فى السريان اعتبارا من تاريخ التسلم النهائى لتلك الأعمال ،وليس قبل ذلك (٨٦) .

---

(٨٤) بريكمونت : السابق بند ١٤٠ص ١٥١ .

(٨٤)م راجع فيما سبق هـ ١ ص ١٥٥ .

(٨٥) بريكمونت : الهامش السابق ص ١٥٢ .

(٨٦) انظر من الفقه المصرى : شنب : السابق بند ١٠٩ ص ١٣١ وهو ما يفهم من عبارة سيادته بطريق الأولى ،السنهورى ، الوسيط ج ٧ بند ٦٧ ص ١٣٢ هامش ٣ ،وعبارة سيادته قاصرة على أعمال الإصلاح فقط دون الأعمال الأصلية ، العطار (عبد الناصر) السابق بند ٥/٥٢ =

ونحن مع تسليمنا بصحة ما يذهب إليه هذا الرأى الغالب من الفقه والقضاء ،إلا أننا لا نقر ما يذهب اليه القضاء الفرنسى فى تأسيسه لهذا الرأى ،من أن قيام المقاول بأعمال الإصلاح هذه إنما يشكل من جانبه اعترافا بمسئوليته عن العيوب التى تطلب إصلاحها القيام بتلك الأعمال من شأنه أن يؤدى إلى قطع مدة الضمان ،لكى تبدأ مدة جديدة منيوم تنفيذ هذه الأعمال ،لكن فى خصوص أجزاء البناء التى تم إصلاحها فقط،(٨٧) وذلك لسببين :

= ص ١٢٧ ،محمد إبراهيم دسوقى : مذكراته ص ٣٩ ،ياقوت السابق ،بند ٦٣ ص ١٦٠ ،شكرى سرور السابق ،بند ٣٩٠ ،ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ وانظر منالفقه الفرنسى : بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٨ ص ٢٠٣ هامش ٦ ،وعبارته جاءت عامة وأكثر غموضا من عبارة الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ،حيث يفهم منها أن المدة تطول بالنسبة لكل الأعمال ،وليس بالنسبة لأعمال الإصلاح فقط : " Le délai est également prolongé par L'exécution des trovaux confortatifs "

فى حين قصرت عبارة الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ،عموم الإطالة على حالة استحالة الفصل بين أعمالالإصلاح والأعمال الأصلية .

وانظر أيضا : مازو وتنك : مطول المسئولية ج ٢ ص ٤٩هامش ٤ ،فلام ولوباف : السابق بند ٦٥٠ ص ٣٦٦ ،كانتيلوب : السابق ص ١٥٤ ،وتقرر فىنهاية الفقرة ،أنه إذا كانت أعمال الإصلاح من التفاهة بمكان ومختلطة مع الأعمال الأصلية فإن مدة الضمان الأولى هى التى تسرى دون إطالة . ليت-فو : Jur.Class.Construc- A - 1 بند ٣٥٥ ملزمه بوبلى : انسيكلوبيدى دالوز د ٢ ١٩٨١ لفظ Contrat d'entreprise بند ٤٢٥ ص ٤٣، مالنفو وجستاز مقالهما السابق . بند ٣٠ ،والمرجع السابق بند ١٤٢ ص ١٦٨ ، تيبييرج Thibièrge مقال " المسئولية والتأمين فى مجال البناء بعد قانون ٤ يناير سنة ١٩٧٨ Rép Not. ١٩٧٩ – ١ ص ٦٧٣ .

وانظر من القضاء الفرنسى : ليون فى ١٩٤١/١٠/٢٩ مجلة ليون للعالم القضائى فى ١٩٤٢/٩/١٥ ، ريوم فى ١٩٥٠/١١/٢٠ د. ١٩٥١ ص ١٧٩ . نقض مدنى فرنسى ٣ فى ١٩٧٤/٧/٢ J.C.P. ١٩٧٤ – ٤ ص ٣٠٨ ،د. ١٩٧٤ مختصر ص ١١٧،فى ١٩٧٤/١٢/١٠ بيلتان ١٩٧٤ – ٣ رقم ٤٥٤ ص ٣٥١ د. ١٩٧٥ قسم المعلومات السريعة ص ٥٢ ، ١٩٧٦/٤/٢٢ د. ١٩٧٦ مختصر ص ٥٨ .

(٨٧) انظر الأحكام المشار إليها فى الهامش السابق ،شكرى سرور : الهامش السابق ص ٢٦٥ . وانظر أيضا : كاريلا : مقاله السابق ص ٣٤٧ .

أولهما : ما سبق أن عرضناه من إجماع الفقه والقضاء، سواء فى مصر أو فى فرنسا ، على أن مدة الضمان ليست مدة تقادم حتى توقف أو تنقطع ، وإنما هى مدة تجربة واختبار لمتانة البناء ملابته ، وحسن تنفيذه ، وتمام أدائه لغرضه . وهذه ليس من شأنها الوقف أو الانقطاع (٨٨). أما ما قيل من انقطاع للمدة العشرية بالإقرار أو برفع الدعوى الموضوعية ، فهذا ليس المقصود به - فى رأينا - مدة الضمان المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى والمادة ٦٥١ مدنى مصرى ، والتى أبنا فيما سبق طبيعتها وخصائصها وإنما المقصود به المدة العشرية المنصوص عليها بالمادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ، باعتبارها مدة تقادم (٨٩). يرد عليها الوقف كما يرد عليها الانقطاع (٩٠) .

السبب الثانى والأخير : أن هذا التأسيس مقصور على أعمال الإصلاح التى يقوم بها المقاول وديا بمحض إرادته ورغبته فى إصلاح ما قد افسدته يداه ، ولكن ما الحل إذا أكره المقاول على القيام بهذه الأعمال ، بمقتضى حكم قضائى استصدره ضده رب العمل فهل يعتبر هذا أيضا إقرارا منه بهذه العيوب . وهل يصح الإقرار مع الإكراه ؟!

ومع ذلك ، فإن هذا التأسيس - مع الفرض الجدلى بصحته - لايجد له مسوغا على الساحة القانونية المصرية ، تلك الساحة التى فصل مشرعها بنصوص صريحة جلية بين مدة الضمان العشرى وهى عشر سنوات

---

(٨٨) انظر فيما سبق من ص ٢٦٣ : ص ٣٠٣ .

(٨٩) انظر فيما سبق وجهة نظرنا فى التمييز بينهما من ص ٢٩٥ : ٢٩٨ .

(٩٠) انظر فى سريان الوقف والانقطاع على مدد التقادم بصفة عامة دون مدد السقوط . المراجع المشار اليها فى هامش ١ ، ص ٢٩٣ فيما سبق ، وانظر أيضا الدورى : رسالته . ص ٢١٠ وما بعدها .

تبدأ من تاريخ التسلم (م ٦٥١ مدنى مصرى) وبين مدة سقوط دعوى الضمان العشرى وهى ثلاث سنوات تبدأ بيوم حصول التهدم أو انكشاف العيب (م ٦٥٤ مدنى مصرى).

أما الأساس الذى نراه صالحا لهذا الرأى ،الذى يكاد ،أن ينعقد عليه إجماع الفقه والقضاء فهو ذات الأساس الذى تقوم عليه ذات الأحكام الخاصة بمسئولية المهندس المعمارى ومقاول البناء، ذلك أن وقوع التهدم أو ظهور العيب ،قد يتم فى وقت متأخر بعد سريان مدة الضمان ،فلو لم يؤخذ بهذا الرأى لكان معنى ذلك ،أن هذه الأعمال لاتكون مضمونة إلا لمدة عام أو عامين مثلا ،مع ما قد تمثله هذه الأعمال منخطورة وأهمية قد لاتقل عن الأعمال الأصلية مما لايتفق مع ماسبق أن قررناه من أن أحكام هذه المسئولية الخاصة كما تسرى على الأعمال الجديدة ،تسرى أيضا على أعمال الإصلاح والترميم والتدعيم والتوسعة ،وإلا لكان فى ذلك إهدارا لقصد المشرع من تقرير هذه الحماية القانونية (٩١).

واستنادا إلى هذا الأساس ذاته ،لانقر مايذهب إليه الاستاذ الدورى فى رسالته (٩٢) من التمييز بين ما إذا قام بأعمال الإصلاح مهندس ومقاول آخرين ،غير من قاما بالتشييد والبناء فى بادىء الأمر وهنا تسرى على هذه الأعمال مدة ضمان جديدة ،غير المدة الأولى تبدأ من تاريخ تسلمها مقبولة من رب العمل ،وبين ما إذا قام بهذه الأعمال نفس المهندس المعمارى والمقاول ،اللذين سبق أن شيدا البناء أو أقاما المنشأ الثابت الآخر ،وفى هذه الحالة ليس من المقبول قانونا - على حد تعبيره - أن يبقيا مسئولين عن التهدم أو العيب ،مدة تزيد على المدة القانونية وهى عشر سنوات ،كما

---

(٩١) انظر من هذا الرأى . مالفو وجستار : مقالهما السابق بند ٣٠ ومرجعهما السابق بند ١٤٢ ص ١٦٨ .

(٩٢) من ص ٣٠ : ص ٣٢ بها .

يقرر فى الصفحة ١٣١ من رسالته أنه إذاكان القانون قد حدد مدة قيام المسئولية بعشر سنوات ،تبدأ من تاريخ إنجاز العمل وتسليمه لصاحبه ،فليس من المقبول تجاوز هذه المدة ،ومجاراةهذا الرأى: بإبقاء المسئولية مدة أطول ،قد يتعذر تحديدها تبعا لتعدد الإصلاحات".

ويستطرد الباحث فى حديثه قائلا بأن " بعض من انتصر لهذا الرأى قد أسس ما ذهب إليه على فهم خاطىء لما ذكره الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب فى هذا الصدد ،فقد قال هذا الشارح ،(أى الدكتور شنب) بحق (واذا احتاج البناء إلى إصلاح فقام به المقاول مقرا بمسئولية عنه ،ولم يكن من الممكن التمييز بين الأعمال الأصليه وأعمال الإصلاح التى أجريت قبل مضى مدة الضمان ،فإن مدة عشر سنوات أخرى تبدأ من تاريخ إتمام الأعمال الجديدة .." .

ونحن من جانبنا نتساءل ،على أى أساس أقام الباحث هذه التفرقة التى قال بها سيادته ؟! ولم تتمتع أعمال الإصلاح بالحماية القانونية التى قررها الشارع لها ،عندما يباشرها زيد من الناس ،وتنكر عليهاعندما يباشرها بكر ؟! إن المشرع عندما قرر هذه الحماية القانونية ،إنما قررها لما يشيد من مبان أويقام من منشآت ثابتة أخرى ،تحقيقا للصالحين العام والخاص دون التفات لصفة أو لقب من يقوم بها ،فكيف تسنى للباحث أن يقلب قصد المشرع من حماية العقارات التى تشكل جانبا هاما فى اقتصاد البلاد وأمن الأفراد وسلامتهم ،إلى حماية للمنهدس المعمارى والمقاول من أن يظلا خاضعين لأحكام هذه المسئولية لمدة أطول .

ثم من قال إنهما سيظلان خاضعين لتلك الأحكام لمدة أطول من المدة التى حددها القانون ؟! الواقع أنه ليس هناك تجاوز للمدة التى حددها المشرع لأن هذه المدة الجديدة محل اعتراض الباحث لاتسرى بالنسبة لكل الأعمال ،كما فهم سيادته ،وإنما هى تسرى بالنسبة لأعمال الإصلاح فقط ضمانا مشروعا لها ،أما بالنسبة للأعمال

الأصلية التى لم يحدث بها ما يستوجب الإصلاح ،فتسرى بشأنها المدة الأولى لا الثانية ،وعلى هذا ،فليس هناك ثمة إطالة لمدة المسئولية عن المدة التى قررها المشرع لها .

أما ما قرره سيادته منفهم خاطئ من مناصرى هذا الرأى لعبارة الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ،سالفة الذكر ،فلا نجد له وجها من الصحة ،ذلك أن أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب ،قرر أنه فى حالة عدم إمكان التمييز بين الاعمال الأصليه وأعمال الإصلاح فإن مدة جديدة تسرى اعتبارا من تاريخ تسلمهذه الأخيرة ،فإذا كان هذا ما قرره أستاذنا حيث لايمكن التمييز (٩٣) فإن مدة جديدة تسرى اعتبارا منتاريختسلم هذه الأخيرة ،فإذا كان هذاماقرره أستاذنا فمن باب أولى ،إذا أمكن التمييز بين الأعمال الأصلية وأعمال الإصلاح وجب أن تسرى على كل نوع من الأعمال مدته الخاصة به ،وفى تقديرنا ليس هذا بفهم خاطئ لعبارة أستاذنا .

<u>نبذة سابعة : بدء سريان مدة الضمان بالنسبة للمهن المختلفة المشاركة فى عملية التشييد :</u>

من المعلوم أن عديدا من المهن تشارك الآن فى عملية البناء والتشييد ،وعلى ذلك ،فإن رب العمل يمكنه أن يبرم عقد مقاولة مع كل رب مهنة ،هو فى حاجة إلى تدخله فى عملية البناء المزمع إجراؤها . ونظرا لاختلاف هذه المهن وتنوعها من حيث الزمن اللازم لها ،وترتيبها حسب دورها فى عملية التشييد ،لزم اختلاف تواريخ

---

(٩٣) وهو ما نتفق فيه معه تماما ،إذ هو ما يتحقق به قصد المشرع من تقرير هذه الحماية ،والقول بغير ذلك يترتب عليه إهدارها ،وبالتالى إهدار قصد المشرع وتفويت الغاية التى رنا إلى تحقيقها ،ولاشك أن حماية رب العمل الجاهل بقواعد الفن وأصول الصنعة مقدمة على حماية رجل الفن الذى لايتقن فنه . مهملاأو قاصدا – فيلحق الضرر بمن يتعامل معه . علما بأن الأستاذ الدورى لم يخص اعتراضه على هذا الفرض بالذات – مما كان يمكن أن يكون =

تسلمها من رب العمل ،وذلك حسب تاريخ إنجاز كل منها ، الأمر الذى يترتب عليه بالضرورة اختلاف بدء سريان مدة الضمان ،ضد كل مقاول من مقاولى هذه المهن المختلفة (٩٤) .

ومن ذلك ،فمن المتصور جدا ،أن يتزامن الانتهاء من بعض الأعمال مع تمام إنجاز عملية البناء فى مجموعها ،وهنا فإن عملية التسليم والتسلم التى يباشرها المقاول الأساس ،تشكل نقطة بدء سريان مدة الضمان بالنسبة لكل الأشخاص المتعاقدين مع رب العمل بما فى ذلك المهندس المعمارى . ويقرر لابان فى رسالته أن القضاء الفرنسى مستقر على ذلك (٩٥) .

ويشير الأستاذ الدكتور محمد شكرى سرور تساؤلا ،عما إذا كان بمكنة رب العمل أن يفضل المقاول على المهندس المعمارى أو العكس فيما يتعلق بتحديد بدء سريان مدة الضمان أو لا (٩٦).

وفى معرض إجابة سيادته على هذا التساؤل ،يحكى خلافا وقع بشأنها بين القضاء العادى ،وقضاء مجلس الدولة فى فرنسا ،فحين يقر الأول هذا التمييز بين الاثنين فى المعاملة ،طبقا لشروط عقد كل منهما المبرم مع رب العمل (٩٧) . نجد مجلس الدولة يأخذ بوجهة

= محلا لوجهة نظر- ولكنه أطلقه عاما على كل أعمال الإصلاح سواء كانت مما يمكن التمييز بينها وبين الأعمال الأصلية ،أو مما لايمكن التمييز بينها وبين الأعمال الأصلية ،أو مما لايمكن التمييز بينها وبين هذه الاخيرة .

(٩٤) مازو : المطول : ج ٢ بند ١٠٧٠ - ٢٣ ص ١٣٠ ،شكرى سرور السابق هامش ٢٥٤ ص ٢٦٢ . ويشير سيادته أيضا إلى ذات المرجع (بند ١٠٧٠ - ٢٢ ص ١٣٠) والصحيح بند ١٠٧٠ - ٢٣.

(٩٥) لابان : رسالته ص ١١٤ ،كاستون: السابق بند ٢٢٠ ص ١١٧ ، شكرى سرور: السابق بند ٢٣٦ ص ٦٣ وما بعدها . نقض مدنى فرنسى (دوائر مجتمعة) فى ١٨٨٢/٨/٢ سيرى ١٨٨٣ - ١ - ٥ تعليق LABÉ د. ١٨٨٣ - ١ - ٥ وتقرير باربيير BARBIER مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٦٩/٤/٢٥ د. ١٩٦٩ ص ٤٩٨ تعليق فرانك مودرن ، R.T.D.C. ١٩٧٠ ص ١٩٤ تعليق كورنى، ١٩٧٤/١/٩ اليبون ١٩٧٤ ص ١٩.

(٩٦) المرجع السابق . بند ٢٣٧ ص ٢٦٢.

النظر المعكسية ،مؤسسا نظره - بحق - على الرابطة العملية التي لاتقبل الانفصام بين نشاط كل من الاثنين ،فتصميم المهندس المعماري ينفذه المقاول على الطبيعة ،وتنفيذ المقاول ،يخضع لإشراف ومراقبة المهندس المعماري ،وهكذا - على المستوى العملي - العلاقات متبادلة بين الاثنين ،ونشاطهما ملتحم ،لاغنى لواحد منهما عن الآخر لذلك يقرر مجلس الدولة الفرنسي ،في قضاء متواتر في هذا الخصوص بأن تاريخ بدء سريان مدة الضمان العشرى المقرر بالمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدني ،يجب أن يكون محددا بنفس التاريخ بالنسبة للمهندس المعماري والمقاول ،دون أن يحتج في ذلك بظروف الواقع من أن المهندس المعماري ،ليس طرفا في الصفقة المبرمة بين رب العمل والمقاول (٩٨) .

على أن لنا أن نلاحظ صعوبة تحقق هذا الفرض في مصر ،ذلك أن المشرع المصري قضى صراحة بأن مدة الضمان تبدأ في السريان اعتبارا من تاريخ التسلم (م ٣/٦٥١ مدني) والفقه مجمع في تفسيره لهذا النص بأن التسلم المقصود هنا ،هو التسلم النهائي للأعمال مقبولة من رب العمل ،وهذا التسلم النهائي لايختلف في تاريخ حدوثه - وبالتالي في تاريخ بدء سريان مدة الضمان - بالنسبة لكل من المقاول والمهندس المعماري (٩٩) .

---

(٩٧) نقض مدني فرنسي في ١٩٧٩/٤/٣ ت٠ ١٩٧٩ قسم المعلومات السريعة ص ٤٠٦ مذكور أيضا في شكري سرور : السابق ٠ هامش ٢٥٦، ص ٢٦٣ ٠

(٩٨) انظر من قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص الحكم الصادر في ١٩٦٩/٤/٢٥ ،سابق ، وفي ١٩٦٩/٥/٢١ ليبون ص ٢٦٠، ١٩٧٤/١/٩ سابق ، ١٩٧٧/٧/١٢ مجلة القانون الإداري ١٩٧٧ رقم ٢٩٦، ومجلة القانون العام ١٩٧٧ ص ١٣٢٩ تعليق فالييه ٠

وقرب من ذلك : نقض مدني فرنسي (١) في ١٩٦٧/٦/٢٦ بيلتان ١٩٦٧-١ رقم ٢٣٣ ص ١٧٢ - وانظر في ذلك أيضا٠

مازو: مطول المسئولية ٠ ج ٢ بند ١٠٧٠-١٦ ص ١١١ ،دروس ،ج ٣ بند ١٣٧١ ص ٨١٣ وما بعدها ٠ لابان ،رسالته ص ١١٤ - ١١٥ ٠كاستون: السابق بند ٢٢٠ ص ١١٧ ،ليت فو: Juri Class. Construc. بند ٣٥٠، شكري سرور : السابق بند ٢٣٧ ص ٢٦٣ وهامشي ٢٥٦ ، ٢٥٧ بها٠

(٩٩) ياقوت : السابق ،بند ٦٥ ص ١٦١ وما بعدها٠

المطلب الثانى
كيفية انتهاء مدة الضمان العشرى وآثاره

نعالج فى هذا المطلب المسائل الآتيه : كيفية حساب مدة الضمان ، إثبات انتهاء مدة الضمان ، ثم إمكانية رجوع رب العمل على المعماريين بعد انتهاء مدة الضمان وأخيرا ، أثر الغش على مدة الضمان ،على أن نخصص لكل مسألة نبذة مستقلة .

نبذه أولى : كيفية حساب مدة الضمان .

سبق أن انتهينا فى بيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشرى إلى أنها مدة تجربة واختيار لمتانة البناء وصلابته ، وصلاحيته لأداء غرضه الذى شيد من أجله ، وهى بهذا الوصف تعد من مدد السقوط ،(١) إذ يسقط بمضيها حق رب العمل فى الرجوع على المهندس المعمارى والمقاول ، بما يحدث بعد ذلك من تهدم فى البناء ، أو المنشآ الثابت الآخر ، أو يظهر من عيب فيه ؛ومعلوم أن مدد السقوط وإن تميزت عن مدد التقادم ببعض الأحكام الخاصة ، إلا أنه ليس من بين هذه الأحكام كيفية حساب المدة ، لذلك فالنصوص المتعلقة بحساب المدة ،تعتبر نصوصا عامة التطبيق ، سواء كانت المدة التى يجرى حسابها مدة سقوط ،أو مدة تقادم .(٢)

وقد كان من المسلم به ، فى ظل التقنين القديم أن مدة التقادم ، ومثلها تماما مدة السقوط ، تحسب بالتقويم الهجرى ،لأن

---

(١) انظر فى هذا المعنى : السنهورى : الوسيط . حـ٧ هامش ٣ ص ١٢٣ والفقه والقضاء الفرنسى المشار إليه فيه ، العطار (عبد الناصر) : بند ٥٢/ ص ١٢٧ . عنبر : السابق، ١٦٤/ح ص ٢٠٥ ياقوت: السابق بند ٦٨ ص ١٦٤ ، ١٦٥؛ شكرى سرور : السابق، بند ٢٤٣ ص ٢٦٧ وما بعدها ، محمد حسين منصور: السابق، ص ٨٢ ، وانظر فى أنها ليست مدة ولتقادم ولامدة سقوط وإنما هى مدة تجربة - محمد كامل مرسى : السابق بند ٦٠٢ ص ٥٠٧ وما بعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى : رسالته (أثر مضى المدة فى الالتزام) سابقة الإشارة بند ٣٣ وما بعده ؛ أحكام الإلتزام، سابق، بند ٤٠٣ ص ٤٢٧ وما بعدها ، محمد على عمران : المرجع السابق - ص ١٩ ==

هذه المدة مأخوذة من الشريعة الاسلامية [٣] ولقد كانت المادة ٥١٧ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد تجرى على الاحتفاظ بهذه القاعدة ، ولكن حذف النص عليها فى لجنة المراجعة " حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى ، طبقا للقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدى " [٤] وتطبيقا لهذه القاعدة تحسب مدة الضمان بالتقويم الميلادى طبقا للمادة ٣ من القانون المدنى المصرى الجديد ، التى تنص على أن " تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ، مالم ينص القانون على غير ذلك "

وكذلك تحسب مدة الضمان العشرى ، بالأيام لا بالساعات [٥] ولذلك لايحسب اليوم الأول ، لأنه لايكون يوما كاملا [٦] وتكتمل المدة بانقضاء اليوم الأخير ، [٧] أى حتى تمام الساعة الثانية عشر من مساء اليوم الأخير ．وذلك تعويضا عما تم التغاضى عنه من ساعات اليوم الأول ، مع مراعاة ما سبق أن قلناه ، من عدم خضوع مدة الضمان العشرى لأحكام الوقف أو الانقطاع باعتبارها مدة تجربة واختبار لا مدة تقادم . [٨]

نبذة ثانية : إثبات انتهاء مدة الضمان ．

لما كان كل من المهندس المعمارى والمقاول هما المستفيدين - عادة - من انقضاء الضمان العشرى ، حيث يترتب على هذا الانقضاء

=وما بعدها ، اسماعيل غانم : أحكام الإلتزام ، سابق ، بند ٢٩١ ، ٢٩٢ ص ص ٤٥٤ / ٤٥٨ ، انور سلطان : أحكام الإلتزام ، سابق ، بند ٤٩٤ ص ٤٤٦ ، وما بعدها .

(٣) محمود جمال الدين زكى : نظرية الالتزام ، بند ٢٥٧ ص ٢٦٤ ،

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ص ٣٢٣ ．

(٥) بالتطبيق للمادة ٣٨٠ من القانون المدنى المصرى الجديد

(٦) مازو وجيجلار : دروس ، ج ٣ بند ١٣٧١ ص ٨١٢ هامش ٢ ليت - فو ． السابق ص ٣٦٦ وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى (الدائره ٣) فى ٨/١/١٩٨٠ د． ١٩٨٠ J.R ١٩٨٠ -١ ص ٢٢٥ G.P. ١٩٨٠ -٤ ص ١١٢ ．

(٧) محمود جمال الدين زكى : هامش ٣ أعلاه ．

(٨) انظر فيما سبق ص ٢٩٢ : ص ٣٠٥ ．

- كما سبق أن أوضحنا [٩] - عدم استطاعة رب العمل ملاحقتهما بدعوى المسئولية ، ومطالبتهما بالتنفيذ العينى أو التعويض على حسب الأحوال [١٠]. لذلك كان عليهما عبء إثبات انقضاء مدة الضمان العشرى استنادًا إلى هذا الاعتبار [١١] ولا يختص قاضى الموضوع بإثارة انقضاء مده الضمان من تلقاء نفسه نيابة عنهما، بل لابد من التمسك من قبلهما أمامه بهذا الانقضاء [١٢]

هذا ولا يثير إثبات انقضاء مدة الضمان العشرى كبير صعوبة، لا فى مصر ولا فى فرنسا ، حيث تبدأ المدة فى السريان طبقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ مدنى مصرى ، ولما أجمع عليه الفقه والقضاء فى فرنسا - كما سبق أن أوضحنا [١٣] - اعتبارًا من تاريخ تسلم العمل مقبولا من رب العمل، وقد سبق بيان كيفية إثبات تاريخ التسلم، صريحا كان أم ضمنيا ، فنحيل عليه تجنبا للتكرار [١٤]. وبعملية حسابية بسيطة ، تبدأ من ذلك التاريخ ولمدة عشر سنوات كاملة بعده ، وطبقا لما بينا من كيفية حساب المدة [١٥] نتوصل إلى معرفة التاريخ الذى تنقضى فيه هذه المدة بالضبط.

نبذة ثالثة : إمكانية رجوع رب العمل على المهندس المعمارى والمقاول، بعد انقضاء مدة الضمان العشرى .

---

(٩) راجع ،فيما سبق،ص ٣٥٠.

(١٠) انظر فى بيان ذلك : الدورى: رسالته . من ص ٣١٢ إلى ص ٣٣٦ : شكرى سرور : السابق من بند ٣٤٤ ص ٣٦٣ : بند ٣٤٥ ص ٣٧٣

(١١) مينفييل : فى انسيكلوبيدى دالوزط ١٩٥٢ بند ١٩٨ ص ٥٣٩ وما بعدها،ليت - قو : السابق،ص ٣٦٦ ، نقض مدنى فرنسى (عرائض) فى ١٧ / ٢ /١٨٩٦ د. الدورى ١٨٩٦ - ١ - ١٧٦ .

(١٢) ليت - قو : الهامش السابق،نقض مدنى فرنسى (الدائرة) فى ٢٣/ ٢/١٩٦٦ بيلتان ١٩٦٦ - ١ رقم ١٣٥ ص ١٠١ ، مجلس الدولة الفرنسى فى ٥ /١١/١٩٦٥ ليبون ص ٥٨٩ ، G.P ١٩٦٦ - ٢ ص ٢٢١، وانظر ما سبق أن قررناه ص٣٣٧ فيما سبق .

(١٣) راجع ،فيما سبق،ص٣٤٧ وما بعدها.

(١٤) راجع ،فيما سبق،من ص ٣٥١ ، ٣٥٩ .

(١٥) راجع ،النبذه السابقة،ص ٣٧٦وما بعدها.

سبق أن بينا أنه بانقضاء مدة الضمان العشرى دون حدوث تهدم، كلى أو جزئى، فى البناء أو المنشآ الثابت الآخر ، ودون ظهور العيب المعتبر به ، ينغلق أمام رب العمل باب الرجوع على المهندس المعمارى والمقاول، بسبب ما يحدث من هذا بعد ذلك ، حتى ولو ثبت خطؤهم ، بل لقد غالى البعض قائلا : " حتى ولو كان ذلك راجعا إلى مخالفة عمدية لشروط ومواصفات العقد " (١٦)

ومع التسليم بكل هذا الذى قدمنا، فإن هناك حالتين يثور بشأنهما التساؤل :(١٧)

أولاهما : ما إذا التزم رب العمل بوصفة حارسا للبناء بتعويض من أصابه ضرر ، بسبب تهدم هذا البناء. فهل يجوز له الرجوع على المهندس المعمارى أو المقاول أوكليهما ، بما دفعه للمضرور ولو كان قد مضى على التسلم أكثر من عشر سنوات ؟

ثانيتهما والأخيرة : ما إذا انكشف العيب أو ظهر بعد انقضاء مدة الضمان ، فى حين كان موجودا بالبناء قبل ذلك . فهل يجوز لرب العمل الرجوع به بعد ظهوره أو انكشافه، رغم انقضاء مدة الضمان العشرى ؟

(أ) - أما بالنسبة للمسألة الأولى ، وهى إمكانية الرجوع، طبقا لما هو موضح أعلاه، بعد انقضاء المدة العشرية ؛ فيذهب الرأى الغالب فى القضاء الفرنسى إلى إمكانية هذا الرجوع ، متى كانت إدانة الغير لرب العمل أساسها خطأ من المقاول أو المهندس

---

(١٦) راجع، فيما سبق، من ص ٢٨٩ : ص ٢٩٠ ، وما أبديناه من رأى فى حالة توافر العمد فى المخالفة .

(١٧) انظر فى إشارة هذين التساؤلين : شنب : السابق ، بند ١١٠ ص ١٣٢ بالنسبة للحالة الأولى ، وبالنسبة للحالة الثانية بند ١٠٩ ص ١٣٠ .

المعمارى [١٨] استنادا إلى أحكام المسئولية التقصيرية ، وليس إلى قواعد وأحكام المسئولية العشرية ؛ التى تكون دعوى الرجوع هذه غريبة عنها تماما . وحيث يكون أساس هذه الدعوى هو الخطأ التقصيرى ، الذى ارتكبه المقاول أو المهندس المعمارى تجاه الغير والذى لا يمكن أن يكون رب العمل ملتزما أصلا بتعويضه [١٩] ورب العمل برجوعه هذا ، إنما يحل محل الغير المضرور فى دعواه ضد المهندس المعمارى والمقاول (م ١٢٥١ - ٣ مدنى فرنسى) والتى ما كان بمقدور أى منهما أن يدفعها بانقضاء المدة العشرية لو طالبه المضرور مباشرة بالتعويض، دون رب العمل . [٢٠] كما وأنه ليس من العدل أن يتحمل رب العمل تبعة خطأ غيره ، دون أن يكون فى مقدوره مكنة الرجوع بما تحمله على المسئول الحقيقى عن هذا الخطأ [٢١]

إلا أن هذا الذى يذهب إليه القضاء فى مجموعه ، لم يروق لكثير من الفقه ، الذى يرى - على العكس من ذلك - أن رب العمل

---

(١٨) نقض مدنى فرنسى فى ١٩٠٢/١١/٣٠ د . ١٩٠٧ -١ ص ٤٣٦ ، نقض (عرائض) فى ١٩٣٨/٦/٢٨ د . الأسبوعى ١٩٣٨ ص ٥٦٢ ، أشار اليه أيضا شنب : السابق بند ١١٠ ص ١٣٢ هامش ١ ، وفى ١٩٥٤/١١/٢٤ J.C.P ١٩٥٥ - ٢ =٨٦٢٥ تعليق روديير ، وفى ١٩٥٨/١٠/١٤ بيلتان ١٩٥٨ - ١ رقم ٣٤٣ ، د . ١٩٥٩ المختصر ، ص ٥٣ ، فى ١٩٦٢/١٠/٩ J.C.P ١٩٦٢ - ٢ ١٢٩١٠ ، وفى ١٠ديسمبر ١٩٦٣ GP ٣إبريل ١٩٦٤ تعليق بيسون ، وفى المجموعة العامة للتشريعات والقضاء ، أكتوبر ١٩٦٤ ص ٥٢٩ ، بروكسل فى ١٩٢٧/٢/٣ المجلة العامة للتأمين والمسئولية ١٩٢٧ رقم ٦٢ ، باريس فى ١٩٣٥/٣/١٢ . Res.jura,imm, رقم ٧٢٢ ، كان فى ١٩٤٧/٤/١٦ د ١٩٤٩ ١٩ ص ٥ تعليق لالو ، شامبرى فى ١٩٥٥/١٢/٥ د ١٩٥٦ . ص ٦٦ ، ليل الإدارية فى ١٩٦٣/٤/٦ AJDA ١٩٦٣ -٢ رقم ١٧٧ وانظر من هذا الرأى فى الفقه الفرنسى كولان وكابيتان : دروس ح٢ ص ٥٧٩ ، مازو وتنك مطول المسئولية ح٢ بند ١٠٦٢ ص١٥ ، مينيڤيل : فى تعليق له د . الدورى ١٩٢٤ - ٢ ص ٩٩ ، دى لو بادير : مطوله فى القانون الإدارى ط٣ ج٢ بند ٦٧٨ ، كانتيلوب : السابق . ص ١٦٦ وما بعدها .

(١٩) كانتيلوب : السابق ص ٢١٩ وما بعدها .

(٢٠) فلام لوباف : السابق بند ٨٢٦ ص ٤٩٩ .

(٢١) بريكمونت : السابق بند ١٥٤ ص ١٦٤ .

لايستطيع بعد انقضاء مدة الضمان العشرى أن يباشر أى رجوع ضد المقاول والمهندس المعمارى ، حتى لو ثبت خطؤهما ، بل وحتى لو ثبت عمدهما فيما ارتكباه من مخلفات لشروط ومواصفات العقد(٢٢)

ويؤسس هذا الفقه نظره على :

أ - أن المسئولية العشرية هى فى حد ذاتها مسئولية طويلة ، وتثقل كاهل المعماريين بعبء ثقيل من ضمان لأعمالهم لمدة عشر سنوات ، فلا ينبغى إطالتها لأكثر من ذلك ، والإصار المعماريون بذلك مهددين بالمسئولية لمدة من الزمن غير محددة قد تصل إلى التهدم النهائى للعقار "jus qu' à l'écroulement Términal-de l'immeuble" وهذا أمر له خطره على الإبداع والابتكار ، وعلى الاجتراء على العمل فى هذا المجال نفسه .(٢٣)

ب - عندما يكون هناك نص قانونى (م ١٧٩٢ مدنى فرنسى مثلا) أو شرط اتفاقى صالح لأن يحد من إمكانية إعمال مسئولية المتعاقدين ، أو يحد من مداها ، أو المدة التى فى خلالها يجب أن ترفع الدعوى ، فسيكون من غير الملائم ، أن يسمح بتأسيس الطلب على المادة ١٣٨٢ وما بعدها ، لأن من شأن هذا أن يمنع آثار التحديدات القانونية أو الاتفاقية . التى قدر المتعاقد فعاليتها ، لكون القانون قد

---

(٢٢) لوران : ح٢٦ بند ١٦٤١ دلفو (أ) السابق ح٢ بند ٦٧٦ هيلبيرت " المرشد القانونى للمقاول " ط١٩٥١ بند ٢١٥ ، بريكمونت : الهامش السابق ص ١٦٣ ، ليت - فو jur class civ المواد ١٧٨٨ - ١٧٩٤ - ملزمة ١ فصل٢ بند ١٨ ، هوين Houn تعليق فسيرى ١٩٤٣ - ١-٩٩ ، jur class.civ المواد من ١٣٨١ - ١٣٨٣ ح ٣ ملزمة بنود ٥٧ - ٦٠ ، وراجع فى كل ذلك : فلام ولوباف السابق ، بند ٨٢٥ ص ٤٩٨ ، وانظر أيضا فى نفس المعنى ، مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٥٣/١/٩ ليبون ص ١٩ ، سيرى ١٩٥٣ - ٣ ص GP.٣١ ١٩٥٣ - ١ ص ٢٤٨ JCP ١٩٥٣ - ٣ - ٧٤٩٨ ، د ٠٥ ١٩٥٤ ، ص ٢٧٧ ، بروكسل الجزئية ١٩١٩/٣/٢٤ . باسيكريس بلجيك ١٩١٩ -٢ ص ١٤٧ . وانظر من نفس هذا الرأى فى الفقه المصرى : شنب : السابق بند ١١٠ ص ١٣٤ ، السنهورى الوسيط ح٧ بند ٦٧ ص ١٢٢ ، الدورى رسالته ص ٢٣٧ ، ٢٣٩ ، عنبر : السابق بند ١٦٤ ص ٢٠٤ ، ٢٠٣ ياقوت السابق بند ٦٦ ص ١٦٢ .

(23) Jur,Class civ. المواد ١٣٨٢ - ١٣٨٣ ح٣ ملزمه II بند ٥٨ ، ==

نص عليها ، أو سمح للأطراف بها. (٢٤)

رأينا فى المسألة :

ونحن من جانبنا أميل إلى تأييد ما يذهب إليه الفقه فى غالبه ، من عدم جواز رجوع رب العمل على المقاول أو المهندس المعمارى ، فى المسألة المعروضة ، ونضيف إلى ما أبدى من حجج ما يأتى :

١ - أن المشرع وقد قرر مدة الضمان بعشر سنين : إنما وضع فى اعتباره ، بالإضافة إلى حماية الصالح العام والخاص ، إقامة التوازن بين مصالح الأفراد فى المجتمع ، فكما أن للصالحين العام والخاص حق فى الحماية - ، فكذلك للمعماريين حق فى التحرر من المسئولية بعد أجل معين ، هذا الأجل قدره المشرع بعشر سنين، مدة كافيه لأن يحدث خلالها التهدم ، أو ينكشف فيها العيب،والسماح بمثل هذا الرجوع ، بعد انقضاء هذا الأجل، من شأنه أن يهدر قصد المشرع من إقامة التوازن بين هذه المصالح المتعارضة والحقوق المتضارية .

٢ - أن السماح بمثل هذا الرجوع ،له خطره حتى على الصالحين العام والخاص نفسيهما ، اللذين أراد المشرع حمايتهما، لما سوف يترتب على ذلك من إحجام المعماريين - أو على الأقل الغالب منهم - عن ارتياد هذا المجال . فى وقت وجب على المشرع تشجيعهم على ارتياده، حتى يمكن تجاوز الأزمة الطاحنة فى الإسكان، والتى يعانى منها العام اليوم وذلك خوفا من سبق المسئولية المسلط على رقابهم ، مع ما فى ذلك من خطر ارتفاع الأسعار،ارتفاعا تنوء به،بالضرورة،قدرة الفئة الغالبة فى المجتمع من ذوى الدخول

= دلفو (أ) السابق،ح٢ بند ٦٧٦ ، فلام ولو باف بند ١/٨٢٧ص ١٩٩ .

(٢٤) إسمان : تعليق على نقض فى ١٠/٩/ ١٩٦٢ J.C.P. ١٩٦٢-٢ - ١٢٩١٠ ، ليت - فو : تعليق على ذات الحكم . د. ١٩٦٣ ص . =

المحددة . بل وحتى فوق المتوسطة .

٣ - أن القواعد العامة في التفسير تقضي بأن الخاص يقيد العام ، فما ورد فيه نص خاص ، امتنع عليه حكم العام ، تحقيقا للدوافع والاعتبارات التي حدت بالمشرع إلى هذا التخصيص وإمكانية رجوع رب العمل على المهندس المعماري والمقاول ، حدد المشرع مداها زمنيا بعشر سنين من تاريخ التسلم ، بمقتضى نص خاص فلزم التزام حكمه ، بعدم السماح لرب العمل بالرجوع عليهما بعد فوات هذا الميعاد .

٤ - أن مادفعه رب العمل من تعويض للغير ، هو في الحقيقة مقابل خطئه ، في عدم قيامه بالتزامه بحراسة البناء - التي انتقلت إليه ، بتسلمه للعمل كأثر من آثار هذا التسلم -(٢٥) على النحو المطلوب ، فلو كان قد قام بالتزامه هذا القيام الواجب ، لأمكنه تدارك ما قد حدث قبل وقوعه ، خاصة وأن لكل شيء مقدمات تنبىء عنه ، وتخبر بقرب وقوعه ، وماليس بكذلك ، دخل في مفهوم السبب الأجنبي المعفي أصالة من المسئولية . وكذلك فهو مقابل استفادته بالبناء على الأقل لمدة أكثر من عشر سنوات ، تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم ، فمن اجتنى المغانم تحمل المغارم ، .

(٢) - أما بالنسبة للمسألة الثانية : وهي أيضا : إمكانية رجوع رب العمل على المهندس العماري أو المقاول بسبب عيب كان موجودا بالبناء ، ولكنه لم يظهر أو ينكشف ، إلا بعد انقضاء مدة الضمان العشري .

تجدر الإشارة أولا إلى أنه يخرج من إطار هذه المسألة حالة تفاقم الآثار بعد انقضاء مدة الضمان ، لعيب تم اكتشافه أثناء تلك المدة ، فهذه ، لاجدال في حق رب العمل بالرجوع لطلب التعويض عن الآثار التي تفاقمت ، والتي كان تفاقمها نتيجة مباشرة

= بريكموث : السابق بند ١٥٤ ص ١٦٣ ، فلام ولوباف : السابق بند ٨٢٧ - ٢ ص ١٩٩ .

للعيب الذى تم اكتشافه خلال مدة الضمان ،وذلك طبقا للقواعدالعامة فى هذا الخصوص ،سواء فى القانون المصرى أو الفرنسى [٢٦].

كذلك تخرج هذه المسألة ذاتها عن نطاق القانون الفرنسى، الذى يوحد بين مدة الضمان ،ومدة دعوى الضمان،وعلى ذلك ،فإنه بانقضاء مدة العشر سنوات لا تقبل دعوى الضمان ،حتى ولو انكشف العيب أو حصل التهدم فى خلال مدة الضمان ،إذ أنه طبقا لهذا القانون ،لايكفى أن يحدث سبب الضمان خلال مدة العشر سنوات ،بل يجب أيضا أن ترفع دعوى الضمان خلال تلك المدة وإلا صارت غير مقبولة لسقوطها بفوات الميعاد [٢٧]،أى بفوات هذه المدة .

بعد هذا التمحيص ،غدت المسألة محل البحث قاصرة على القانون المصرى ،وخاصة بالعيب الذى لم يظهر أو ينكشف ،إلا بعد انقضاء مدة الضمان . فى حين كان موجودا بالبناء ،أو المنشأ الثابت الآخر ، خلالها .

يذهب غالب الفقه المصرى - ممن تصدى لبحث هذه النقطة بالذات - إلى القول بحق رب العمل فى الرجوع على المهندس المعمارى والمقاول بالضمان . بسبب العيب الذى ظهر أو انكشف بعد انقضاء مدة الضمان ،طالما استطاع أن يثبت أن هذا العيب كان موجودا بالبناء خلال تلك المدة ؛ وذلك استنادا إلى صريح عبارة الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأن " يشمل الضمان ..... ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب

---

(٢٦) بافوت : السابق بند ٦٧ ص ١٦٢ ،شكرى سرور : بند ٢٣٨ ص ٢٦٤ ،ليت.فو : Jur.Class construc.- ملزمه ٢٠٣ بند ٣٥٦، نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٧٢/٧/١٠ بيلتان ١٩٧٢ - ٣ رقم ٤٤٥ ص ٣٢٤ ، J.C.P ١٩٧٢ - ٤ ص ٢٢٥،فى ١٩٧٥/١/٢١بيلتان ١٩٧٥ - ٣ رقم ١٩ص ١٥ ،د . ١٩٧٥ I.R ص ٨١ .
(٢٧) نقض مدنى فرنسى (دوائر مجتمعة) فى ١٨٨٢/٨/٢ سابق الإشارة ،والقضاء الفرنسى مستقر على ذلك منذ صدور هذا الحكم انظر من ذلك على سبيل المثال الأحكام المشار إليها فى هامش ٣٦٩، ص ١٦٤ وما بعدها من باقوت .

ترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته " (٢٨).

إلا أننا ، اتساقا مع ما سبق أن قررناه بالنسبة للمسألة السابقة ،(٢٩) لا نقر هذا الذى يذهب إليه غالب الفقه المصرى، ونتفق مع الرأى الآخر (٣٠) الذى ينكر على رب العمل هذا الرجوع، طالما انقضت مدة الضمان ، التى قدر المشرع كفايتها - طبقا للوضع العادى للأمور - لحدوث التهدم أو ظهور العيب الذى يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته . أو بعبارة أخرى لاختبار البناء وتجربته . وهذا القول هو ما يتفق - فى تقديرنا - وتفسير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، للفقرة الثانية من المادة ٦٥١مدنى، أثناء مناقشتها لمشروع القانون ، حيث قررت : أن الفقرة الثانية (من هذه المادة) تأتى بحكم جديد فتقول " أما الفقرة الثانية فتأتى بحكم جديد ، فلا تبقى المسئولية على التهدم الواقع بالفعل خلال عشر سنوات ، بل تقع أساس المسئولية على وجود عيب فى البناء، يترتب عليه تهديد متانته وسلامته ، مادام هذا العيب يظهر فى خلال عشر سنوات ولو لم يقع تهدم بالفعل فى ظرف هذه العشر سنوات (٣١)".

ونكتفى فى هذا الخصوص - بالإضافة إلى هذا - بما سقناه من حجج ، ونحن بصدد التدليل على عدم صحة الرجوع فى المسألة السابقة

---

(٢٨) انظر فى ذلك : شنب :السابق، بند ١٠٩ ص ١٣٠ وما بعدها السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٧ ص ١٢٢ هامش ١ المقطع الأخير منه ، العطار (عبد الناصر) :السابق، بند ٥٢ /٥ ص ١٢٧ ، شكرى سرور: السابق، بند ٢٣٨ ص ٢٦٤ .

(٢٩) راجع ، فيما سبق، ص ٣٨٢ : ٣٨٣ .

(٣٠) ياقوت : السابق بند ٦٧ ص ١٦٣ ، نقض مدنى مصرى فى ١٩٧٣/٥/٣١ مج . م.ف . س ٢٤ ق ١٥٠ ص ٨٥٣ وفى ١٩٧٣/١١/٢٧ مج. م. ف ، س ٢٤ رقم ١٩٩ ص ١١٤٦ .

(٣١) الأعمال التحضيرية . ج ٥ ص ٢٤ .

فنحيل إليه (٣٢). هذا إلا إذا استطاع رب العمل أن يثبت أن المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما، قد ارتكبا غشا، أو استعملا طرقا احتيالية، حالت دون انكشاف العيب في خلال مدة العشر سنوات، الأمر الذي ينقلنا إلى ضرورة بيان أثر الغش على مدة الضمان.

نبذة رابعة : أثر الغش على مدة الضمان

يقع الغش، أو تتخذ الطرق الاحتيالية، طبقا للمجرى العادي للأمور، أثناء عملية التسليم والتسلم، ففي أثناء هذه العملية، من المتصور جدا أن يرتكب المقاول أو المهندس المعماري أوكليهما - منفردين أو متواطئين - غشا، أو يتخذ طرقا احتيالية، لحمل رب العمل على تسلم البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، بما يتضمنه من عيب، لو كان قد علمه، لما أقدم على تسلمه. وذلك بأن يكون، أي منهما، أو كلاهما، على علم بعيب خفي في العقار المشيد ولم يطلعاه عليه، أو أخفيا عنه - مستعينين بهذه الطرق الاحتيالية - عيبا كان ظاهرا، فلم يتيحا له فرصة مشاهدته، والتعرف عليه.

ورب العمل ليس بحاجة إلى إثبات الغش، إذا كان العيب المخفي غشا قد ظهر أثناء فترة الضمان العشري، وباشر رب العمل دعواه خلال ذات الفترة طبقا للقانون الفرنسي (م٢٢٧٠منه) أو خلال ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب، طبقا للقانون المصري (م ٦٥٤ منه) ولو كانت قد انقضت مدة الضمان.

أما إذا ظهر هذا العيب أو تبدت آثاره، بعد انقضاء مدة الضمان، فهنا، يتوقف حقه في الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول بضمان هذا العيب، على مدى قدرته على إثبات أن غشا قد

---

(٣٢) انظر، فيما سبق، من ص ٣٨٢ : ٣٨٣.

تم ،أو طرقا احتيالية قد اتخذت من جانب المهندس المعماري ،أو المقاول،أو كليهما،جعلته يتسلم العمل دون أن يفطن إلى مابه من عيب، لولا هذاالذى اتخذ لكان مكتشفه .

أما عن كيفية إثبات الغش ،فعلى رب العمل أن يثبت أنه قد شاب البناء ،أو المنشأالثابت الآخر ،عيب خفى تعذر عليه كشفه، وأن هذا العيب يدخل فى نطاق معرفة كل من المهندس المعماري ،أو المقاول أو كليهما ،بأن كانا يعلمانه فعلا ،ومع ذلك سكتنا قصداعن إطلاعه عليه عند التسلم ،وإذا كانت هناك وسائل احتيالية قد اتخذت،للحيلولة بينه وبين الوقوف على عيب كان ظاهرا فى البناء، أو قريب من الظهور ،بحيث كان من الممكن تبينه عادة ،فعليه إثباتها ،وإثبات قدرتها وفعاليتها فى تحقيق الهدف المقصودمنها، وله أن يستعين فى ذلك بكافة طرق الإثبات (٣٣).

أما عن أثر الغش على مدة الضمان ،فالرأىالغالب فى الفقه والقضاء سواء فى مصر (٣٤)أوفى فرنسا (٣٥)على أنه فى حالة الغش

---

(٣٣) بريكمونت ؛ السابق ،بند ١٣٥ ص١٤٦ ،سوان : السابق، ج ١ بند ١٣١ ص٣٠٧ .

(٣٤) محمد كامل مرسى : السابق ،بند ٦٠٢ ص٥٠٧ ،مصطفى أبو علم ،السابق ص ٣٢ ،شنب : السابق بند ١١٠ ص ١٣١ ،السنهوري الوسيط . ج ٧ بند ٦٧ ص ١٢٤ هامش ٢ ، الدوري : رسالته ص ٢٣٧، محمد حسين منصور: السابق ص ٨٣ .

(٣٥) بودري وڤال : ج ٢ بند ٣٩٤٧ ص ١١٠٨ ، مينيڤييل رسالته، بند ٣١٦ ص ٢٤٦ ،جوسران:فى تعليق له فى د. الدوري ١٩٢٧ — ١ص ١٠٥، مازو وتنك : مطول المسئولية ج ٢ بند ١٠٦٢ ص ٥١ : ٥٢،أوبري ورو وإسمان : بند ٣٧٤ ص ٤١٢ ،پلانيول وريپير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٨ مكرر ص ٢٠٤ وما بعدها ،بريكمونت : السابق بند ١٣٥ ص ١٤٤ ؛ ١٤٩ ،كانتيلوب : السابق ص ١٦٦ ،فلام ولوباف : بند ٦٥٥ ، ٦٥٦ ،ص ٣٦٨ ،روسيل وآخرين : السابق

وأنظر عن القضاء الفرنسى:
§ G 3 ، § A48
cas. civ 1er ch. 4,6,1951, Bull. 1951, IN 169P.133, 14,11,1956 Bull. 1956 Nc 325, D.1957, Som. P. 14

أو اتخاذ طرق احتيالية ،يستطيع رب العمل أن يباشر دعوى الضمان دون التقيد بالمدة العشرية .ومعنى ذلك ،أن دعوى الضمان العشرى فىالقانونين لاتسقط إلا بمرور مدة التقادم الطويل،المنصوص عليها فى كل من القانونين (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى ، ١٥ سنة فى القانون المصرى) .

إذا كان الأمر كذلك،بالنسبة لأثر الغش على مدة الضمان ،إلا أن الرأى قد اختلف فى الأساس الذى يقوم عليه هذا القول ،والرأى الغالب ،على أن الغش ،أو اتخاذ طرق احتيالية ،يخرج بالتعامل من دائرة المسئولية العقدية،إلى دائرة المسئولية التقصيرية (٣٦) وبالتالى فإن دعوى الضمان ،ولو أنها ناشئة عن عدم الوفاء بالتزام مصدره عقد المقاولة ،إلا أن ما شاب تنفيذ هذا الالتزام من غش ،أو اتخاذ طرق احتيالية ،يجعل الحق فى مباشرة هذه الدعوى، بواسطة رب العمل أو المالك ،لايسقط إلا بمضى المدة اللازمة لتقادم دعوى المسئولية التقصيرية (٣٧).

3°ch 24,10,1968Bull.1968, 3,N°, 403 P.306 ,18,12,1972 ,D.1973,P.272 G.P. 1973.1. P.480, 2,7,1975 Bull. 1975, 3,N° 233 P.178, Rev. Loyers 1975 P. 425 cite par M.H.Mansour op.cit P. 83 N.122.C.A. Paris 16,12,1953,D.1954 P. 80, G.P. 1954,1,p. 133... . 19,11,1959,D,1960 P. 53 som . G.P. 1960, 1,P.100, R.T.D.C.1960 P. 305 Lyon 30,.10,1947 D. 1948 som. P. 15, com. Anvers 13,2, 1904Jour. T.1904P. 464, Baurdaux 29,4,1941 G.P. 1941 2P. 137 Caen 1,4,1948,D.1950,2,P.176.

(٣٦) انظر المراجع المشار إليها فى الهامشين السابقين فيما عدا ما مازو،بريكمونت،فلام ولوباف ،شنب ،فى المواضع المشار إليها فيها .

(٣٧) وهى ٣٠ سنة فى القانون الفرنسى ،أما فى القانون المصرى فهى ١٥ سنة من تاريخ وقوع الغش أو ثلاث سنوات من وقت انكشافه ،ويقرر الأستاذ الدكتور السنهورى " أن هذا عند من يقولون بالخيرة بين المسئوليتين (جـ ٧ ص ٢٤ " هامش ٢) فى حين ينكر=

وهكذا قضى بأنه ، إذا كان المهندس المعماري ـ الذى كان قد لفت نظره أثناء المدة العشرية حول العيوب الخطيرة فى الصنعة المكتشفة بواسطة عميله ـ قد أجهد نفسه فى إخفاء الحقيقة بدلا من أن يختصم المقاول الذى ارتكب الغش ، فإن مثل هذا الغش يجب أن يخرج عن نطاق تطبيق مدة الضمان العشرى (٣٨).

وفى ذات الاتجاه استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، منذ القرن الماضى (٣٩) فقد قضى بأن " انقضاء مدة دعوى الضمان العشرى لايخلص المعماريين من المسئولية ، التى يمكن أن تقع عليهم ، فى حالة الغش أو التحايل فى تنفيذ عقودهم ، والتى لاتخضع إلا للتقادم الثلاثينى (الطويل ٣٠ سنة) المقرر بمقتضى المادة ٢٢٦٢ مدنى " (٤٠) .

= الدورى ، ص ١٣٧ ، هذا القول ، ويرى أن استعانة رب العمل هنا بقواعد المسئولية التقصيرية أمر قرره له القانون حماية له من غش المعماريين ، ولا دخل له بمسألة الخبرة .

(٣٨) cass.civ. 4,6,1951 Précité , cass. Rèq. 30,12,1936 G.P 1937,1,P.414, 29,6,64 Bull. 1964, 3, N345 P.268,11,1977,G.P. 20,4, 1977 som, 14,10,1968 Précité. Chambrrie 5,12,1955 D.1956 P.66,R.T.D.C 1956 P. 124, N.CARBonnier.

(٣٩) C.E.19 mai 1893, Rec. P.444, 27,1,1954 Rec.P. 57 , A.J.D.A.1954 II, N III P.118,Rev. D.pub. 1954 P.877. 18,12,1964, R.D.A. 1965 N 18 P.4, 26,4,1969 Rec. P. 230,D. 1969 P. 498 N.F. Moderne R.T.D.C. 1969 P. 194 N. G Cornu , Versailles A . 13, 11, 1959 A.J.D.A. 1959, II, N 282 P. 335. LilleA. 4,10, 1963 A.J.D.A 1959, II, N 282 P. 335, Lille A. 4,10, 1963 A.J.D.A . 1963, II ,N 235 P. 705 N J. Montemerle

وانظر فى نفس المعنى من فقه القانون العام فرانك مودرن ، مقال : De l'incidence de la froude et du dol sur la responsabilité de constructeurs à l'egard du maître de l'ouvrage" G.P. 1976.doc.P. 297.

(٤٠) C.E. 24,5,1974 G.P. 1965 som. P. 56, J.C.P. 1975 II 17907 N. liet- Veaux " L'expiration du délai de L'action - garantie decennale ..ne décharge pas les constructeurs de la responsabi-

إلا أن جانبا كبيرا من الفقه ،لم يرقه هذا القلب لطبيعة المسئولية من عقدية إلى تقصيرية ،استنادا إلى وجود الغش،وإنما يرى أن تظل المسئولية فى النطاق العقدى أيضا ،مؤسسا قوله هذا، على أن الغش الذى يصدر من المهندس المعمارى أو المقاول فى أثناء عملية التسليم والتسلم،إنما يعيب رضاء رب العمل فى قبول العمل ،مما يترتب عليه اعتبار هذا التسلم - الذى تبدأ عادة فى تاريخه مدة الضمان فى السريان - كأن لم يكن ،وبالتالى لاتعتبر مدة الضمان قد بدأت فى السريان بعد ،مما يجعلنا فى نطاق المسئولية العقدية للمهندس المعمارى والمقاول قبل تسلم الأعمال وليس فى نطاق المسئولية التقصيرية (٤١).

وعلى ذلك ،قضى بأنه " تكون على غير أساس الدعوى التى تستند إلى غش من المقاول عندتسلم الأعمال ،إذا هى لم تثبت وجود علاقة مباشرة بين عدم الإخطار أو الإعلام ،المأخوذ عليه ،وبين التسلم النهائى لتلك الأعمال من قبل رب العمل (٤٢) .

= lite qu'ils peuvent encourir en cas de fraude ou de dol dans l'exécution de leur contrat et qui n'est soumise qu' à la prescription trentenaire édictée par l'art . 2262 du Code civil"

وانظر أيضا فى التعليق على ذات الحكم ،وتأييده فيما ذهب إليه فرانك مودرن : مقاله السابق . ص ٢٩٧ عمود ١ .

(٤١) انظر من هذا الرأى : لوران ج ٢٦ بند ٦٤ حيث يقرر "... La mauvaise foi aggrave la faute des constructeurs mais cette faute ne change pas de nature ell reste conventionnelle"
مازووتنك : مطول المسئولية ج ١ بند ٢٠١ ; ٢٠٦ ،ج ٢ بند ١٠٦٢ ،بريكمونت : السابق : بند ١٣٥ ص ١٤٥ ،فلام ولوبلاف : السابق بند ٦٥٧ ص ٣٦٨ وما بعدها ،سوان : السابق ،ج ١ بند ١٣١ ص ٣٠٦;٣٠٧ مالنفورجستاز : السابق بند ١٨٤ ص ٢٠٧ ; ٢٠٨ . وقرب من هذا الرأى فى الفقه المصرى : شنب : بند ١١٠ ص ١٣١ : حيث يقرر سيادته "ولكن إذا كان المقاول قد استعمل طرقا احتيالية لحمل رب العمل على قبول بناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها ،فإن هذا القبول يكون باطلا ...." .

(٤٢) س ليبيج فى ٢١ من سبتمبر ١٩٦٥ جورنال المحاكم ١٩٦٦ ، ص ٩٦ تعليق بريكمونت .

الفرع الثالث

أثر التدخل التشريعي الفرنسي على مدة الضمان

أشرنا في أكثر من موضع، فيما سبق، إلى أن المشرع الفرنسي قد تدخل بالتعديل في أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء لمرتين متتاليتين، وعلى فترة زمنية ليست بالبعيدة؛ حيث كان التدخل الأول له، بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧، الصادر في ٣ من يناير سنة ١٩٦٧، في حين كان التدخل الثاني بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، في ٤ من يناير ١٩٧٨ . وعلى ذلك فسوف نعرض لأثر كل تدخل تشريعي، على مدة الضمان، على حدة في مطلب مستقل .

المطلب الأول

التدخل التشريعي الأول ومدة الضمان

لم يتضح لنا من مراجعة المادة ١٧٩٢ مدني فرنسي [١] في صياغتها الجديدة التي أتى بها القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ في ٣ من يناير سنة ١٩٦٧، أي أثر على شرط المدة في الضمان . ذلك أنها وكما كان الحال في صياغتها الأصلية سنة ١٨٠٤ - تقضي بأن المهندسين المعماريين والمقاولين و ..... مسئولون عن التهدم الكلي أو الجزئي

---

(١) وهي المادة المتعلقة بإنشاء الضمان، وبيان شروطه وخصائصه، كما سبق أن بينا، انظر، فيما سبق، من ص ٢٩٣ : ٣٠٥ .

بالبناء، خلال عشر سنوات (٢).

وهكذا جاء النص الخاص بالضمان العشرى فى صياغته الجديدة خلوا من أى تغيير ينصب على مدة الضمان، لا بالحذف ولا بالإضافة، ومن ثم، احتفظت مدة الضمان بذات خصائصها وأحكامها، فى القانون الجديد، كما كانت قبله .

كذلك، بالمقارنة بين صياغتى المادة ٢٢٧٠ مدنى (الأصلية سنة ١٨٠٤، والمعدلة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧، فى ٣ من يناير سنة ١٩٦٧ سالف الذكر) فيما يتعلق بالمدة المنصوص عليها فيها، يتضح لنا أيضا، أن المشرع الفرنسى لم يأت فى هذا القانون بجديد، فيما يتعلق بتقادم دعوى الضمان العشرى بالنسبة للأعمال الكبيرة Les gros ouvrages فهى مازالت عشر سنوات كما كانت فى الصياغة الأصلية ١٨٠٤، لم يلحقها تعديل أو تغيير لا بالنقص ولا بالزيادة (٣)

---

(٢) - Art. 1792 (c.civ 1804) " Si L'édifice construit à prix fait , périt en tout ou en pdrtie par le vice de la construction , même par le vice du sol , les architecte et entrepreneur en sont responsable pendant dix ans" Civ. 2270.
- Art. 1792 (Loi N° 67 - 3 du 3 janv. 1967) " Si lédifice périt en tout ou en partie por le vice de la construction même par le vice du sol , les orchitectes , entrepreneurs et autres personnes liées ou maître de l'ouvrage par un contrat de l'ouage en sont responsables pendant dix ans"

فضلنا ذكر النص فى صيغتيه (الأصليه ١٨٠٤ وبعد التعديل فى سنة ١٩٦٧) حتى نوفر على القارئ مئونة البحث عن النص فى صياغته الأصلية، فى أماكن سبقت من الدراسة، فيكون بذلك تحت نظر القارئ دون قليل عناء، وهو ما سنفعله أيضا بالنسبة للمادة ٢٢٧٠.

(٣) Art . 2270 (c.civ. 1804) " Après dix ans . l'architecte et L'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés " civ. 1792

هذا، ومما تجدر الإشارة إليه ، أنه فيمايتعلق بتحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان ،فإن المادة ٨ من المرسوم " رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٦٧، الصادر فى ٢٢ من ديسمبر سنة ١٩٦٧، (٤) بتطبيق أحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر ،تقضى بأنه "بالنسبة لتطبيق المواد ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من القانون المدنى ،على تشييد المبانى المعدة للسكنى أو للاستعمالات المماثلة ،فإن تسلم الأعمال ،يشكل بالنسبة لتلك التى لم يتقرر بشأنها أى تحفظات ،بدء سريان مدة الضمان المنصوص عليها بهذه المواد ،أمابالنسبةللأعمال التى يتقرر بشأنها تحفظات ،فإن الضمان لايسرى إلا اعتبارامن اليوم الذى يتم فيه تنفيذ كافة الأعمال التى كانت محلا لتلك التحفظات تنفيذا مرضيا " (٥)

= - Art . 2270 (L. 67, 3 du 3 janv . 1967) " Les architectes , entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés après dix ans s'il s'agit de gros ouvrages , après deux ans pour les menus ouvrages "

(٤) - J.O. 28 dec. 1967 et 9 janv , 1968 , A.J.P.I 1968 P. 48

(٥) - Art . 8 (D.67,1166 du 22 dec. 1967) " Pour L'application des articles 1792 et 22 70 du code civil à la construction de bâtiments à usage d'habitation ou de caracteristiques similaires , la réception des Travaux constitue, pour ceux à l'égard desquels aucune réserve n'est faite , le point de départ de la garantie prévue par ces articles.

Bour les Travaux qui font l'objet de réserves , la garantie court du jour où il est constaté que l'exécution des Travaux satisfait à ces réserves "

وطبقا لهذا النص التطبيقى ،فإن مدة الضمان العشرى تسرى اعتبارا من اليوم الذى يتم فيه التسلم النهائى للأعمال التى لم تكن محلا لتحفظات من جانب رب العمل ،أما بالنسبة للأعمال الأخرى ،والتى تقررت بالنسبة لها تحفظات بسبب ما شابها من عيوب أو نقائص ،فإن مدة الضمان لاتبدأ فى السريان إلا اعتبارا من اليوم الذى ترفع فيه كافة أسباب هذه التحفظات.

ويعتبر هذا النص ،حقيقة ، أول مساهمة تشريعية فى تحديد تاريخ بدء سريان مدة الضمان ،وإن كان يجب أن يؤخذ فى الاعتبار أن هذا النص ،إنما هو نص تكميلى ،ليس له صفة الإلزام بالنسبة للأفراد الذين يمكنهم أن يتفقوا على خلافة ،إذا رأوا أن مصالحهم تقتضى ذلك [٦]. كما يجب أن يلاحظ كذلك ،أنه نص حدد له مشرعه نطاق تطبيقه ،فجعله قاصرا على المبانى التى تقام بقصد السكنى أو الاستعمالات المماثلة لذلك ،كالمدارس والمستشفيات إلى غير ذلك [٧] .

---

(٦) ج.مونتميرل و أ. كاستون : المرجع السابق . بند ٧٥٦ ص ٣١٨ ،زيرفليه : المقال السابق ص ٨ . عمود ١ .

(٧) مونتميرل وكاستون : الهامش السابق ،كاستون : المرجع السابق ـ بند ٢٢٥ ص ١١٥ ،زيرفليه : الهامش السابق مازووجيجلار: دروس . ج ٣ بند ١٣٧١ ص ٨١٣ وهامش ٤ بها .

المطلب الثانى

التدخل التشريعى الثانى ومدة الضمان

لقد وصف هذا التدخل التشريعى ،بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ ،بالإصلاح الشامل لأحكام هذه المسئولية الخاصة، لما أحدثه فيها من تعديلات جذرية هامة (١) لم يحرم شرط المدة من أن يتناوله بعضها ،فأرست مبدأ سريانها ،وأوضحت أثر وجود تحفظات على مبدأ جريانها ،كما عالجت كذلك مشكلة تعنت رب العمل برفضه التسلم تعسفا،أو محاولة تأخيره إياه .

وإذا كان المشرع الفرنسى بمعالجاته هذه فيما يتعلق بشرط المدة ،قد اقترب من تنظيم المشرع المصرى لهذا الشرط ،أو كاد ،فإنه يلزم مع ذلك أن نبين رجاحة السياسة التشريعه المصريه فى هذا الشأن ذلك أن نص المادة ٦٥١ مدنى مصرى الذى قرر قيام هذه المسئولية الخاصة على عاتق المهندس والمقاول ،قد نص على شرط المدة التى تستمر فيها هذه المسئولية قائمة على خلاف ما فعل المشرع الفرنسى فى تدخله الأخير هذا ،إذ جاء نص تقرير هذه المسئولية (١٧٩٢ مدنى) - على خلاف ما كان عليه قبل ذلك - خلوا من بيان هذه المده .

وإذا كان المشرع الفرنسى تحدوه رغبة أكيدة فى التخلص من الخلاف الذى كان قد ساد ردحا طويلا من الزمن ،بين مدة الضمان ومدة تقادم دعوى الضمان . بسبب وحدتهما مقدارا(٢) وإذا كان قد

(١) - J. Lamure et H. Margeat " le nouveaux droit de la construction , Responsabilité et assurance " Rev. Assu. Fra. fèvr. 1979,p. 94

(٢) راجع،ما سبق بيانه فى هذا الخصوص،من ص ٢٩٣ : ص ٢٩٨ .

ظل مفضلا الوحدة بين المدتين فى المقدار بحيث تكون مدة الضمان هى بذاتها مدة تقادم دعواه فكان من الأنسب من وجهة نظر السياسة التشريعية أن يتضمن نص تقرير الضمان ذاته المدة التى حددها له المشرع ، ثم يحال إليها فى النص الخاص بتقادم دعواه ، وذلك اتفاقا مع الترتيب المكانى لكل من النصين ، وتبيانا للمسئول عن المدة التى سيظل مسئولا خلالها فى ذات نص تقرير مسئوليته ، وليس فى موضع آخر فذلك - فى تقديرنا - أليق من وجهة نظر السياسة التشريعية (٣).

ولا غرابة فى هذا القول ، فلقد طبقه المشرع الفرنسى ذاته فى نفس الوقت ، بالنسبة للضمان الثنائى ، إذ ضمن نص تقريره (م ١٧٩٢ - ٣ مدنى) كافة شروطه ، بما فى ذلك شرط المدة (٤) ثم أحال إليه فى النص الخاص بتقادم دعواه (م ٢٢٧٠ مدنى) (٥).

---

(٣) روسيل ومعاونيه : السابق : 8 4 A ، ج مونتميرل وأ، كاستون : السابق ، بند ٧٥٢ ص ٣١٧ ، جروسليير : Groslière "Glossaire pour la responsabilité en matière de constuction" Mélanges HEBRAUT P.412
كوستا : مقاله السابق : ص ٤٦ عمود ٢

(٤) - Art. 1792-3(L, 78-12 du 4 janv. 1978) " Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans.."

(٥) - Art . 2270 (l. 78 - 12 du 4 janv . 1978) " ......
Ou , en application de l'article 1792-3 à l'expiration du délai visé à cet article"

وفى صدد إرساء مبدأ سريان مدة الضمان ، فقد جعل المشرع الفرنسى الحديث - مقتفيا فى ذلك أثر المشرع المصرى، ومقننا ما كان قد جرى عليه العمل، فقها وقضاء، من قبل، كما سبق أن بينا [٦] - من تاريخ التسلم منطلقا، تبدأ منه فى السريان كل مدد الضمانات ، التى تشقل كاهل كل من المهندس المعمارى والمقاول، وغيرهما من المعماريين، ما كان منها قبل هذا التدخل التشريعى ، وما استحدث به [٧].

والتسلم الذى تبدأ بتمامه مدد الضمانات المختلفة فى السريان ، هو - كما سبق البيان [٨] وكما عرفته المادة ١٧٩٢-٦ المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ سالف الذكر - ذلك العمل القانونى الذى بواسطته يقر رب العمل الأعمال التى تم إنجازها ويقبلها ، سواء تضمن تحفظات بالنسبة لبعض الأعمال أم لم يتضمن أيا منها [٩].

---

(٦) انظر، فيما سبق، من ص ٣٤٧ : ٣٥٠ .

(٧) انظر المواد : ١٧٩٢ - ٣ ، ١٧٩٢ - ٦ فقرة ٢ ، ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى فى صياغتها الجديدة، بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ المشار إليه . حيث نص فى كل منها على بدء سريان مدة الضمان اعتبارا من تاريخ التسلم .

وانظر بالإضافة إلى ذلك : روليه وبيبس : مقالهما السابق، ص ١١٧ عمود ١ ، بوبلى : انسيكلو بيدى ، دالوز ط ٢ ١٩٨١ ص ٤٣ بند ٤٢٥ ، لومبوا : مقاله السابق : ص ٣٢٥ عمود ١ ، جروسلبير : مقال " إصلاح المسئولية فى مواد البناء " مجلة القانون والمدينة ١٩٧٩ رقم ٧ صفحة ٧، لامير ومرجيا : المقال السابق : ص ٩٦ عمود ٣، ص ٩٧ عمود ١ ، بوبلى : " مسئولية المعماريين فى ظل قانون ٤ يناير ١٩٧٨" R. T. D. I. ١٩٧٩ ص ١٠ عمود ١ .

(٨) انظر، فيما سبق، من ص ١٤٨ : ١٥٢ .

(٩) Art . 1792 - 6(L. 78 - 12 du 4 janv. 1978) " La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves ".

مفاد ذلك ،أن تاريخ التسلم يعتدبه تاريخا لبدء سريان مدة الضمان،بالنسبة لكل الأعمال،ودون تمييز - كما كان عليه الحال قبل هذا الإصلاح (١٠)- بين ما كان منها محلا لتحفظات من قبل رب العمل ، ومالم يكن ،إذ كان العمل قد جرى على ازدواجية التسلم، وبالتالى ازدواجية تاريخ بدء سريان مدة الضمان ،الأمر الذى كان يجعلنا أمام مدة ضمان لكل نوع من الأعمال ،بحسب ما إذا كان قد تضمن محضر التسليم والتسلم تحفظات بشأنها،أم لم يتضمن(١٢)وهكذا كرس المشرع الفرنسى بتدخله هذا مبدأوحدة التسلم،بدلا من ازدواجيته.

كذلك ،فقد نصت المادة ١٧٩٢ -٦،المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر،بأن التسلم يتم بناء على طلب صاحب المصلحة فى التعجيل به ،سواء كان وديا ،أم - عند عدم توافر ذلك - قضائيا (١٣).

---

(١٠) راجع،فيما سبق،المادة ٨ من المرسوم رقم ١١٦٦ لسنة ٦٧ فى ٢٢ من ديسمبر ١٩٦٧ ص ٣٩٣ هامش ٥ بها . وانظر أيضا كوستا المقال السابق ص ٤٠ عمود ٢ .

(١١) مودرن : مقال " النظام الجديد للمسئولية العشرية " سابق . ص ٢٠ عمود ٢ ، ٣ ،زيرفليه "النظام الجديد للضمان والتأمين ...." سابق ص ٨ ،كوستا : مقاله السابق : ص ٤٢ ،جروسلييير مقال " معجم المسئولية " سابق ص ٤١١ .

(١٢) مودرن : الهامش السابق . عمود ٢ ،جالشيه : السابق ص ٥٥ عمود ١ ، ٢ ،شيبيرج مقاله السابق . بند ٢٨ ص ٦٨٦ .

(١٣) - Art . 1792 - 6 (L. 78 - 12 du 4 jomv. 1978) ... Elle أى التسلم intervient 'a la demande de la partte la plus diligente soit à l'amiable , soit , 'a défaut judiciairement"

عالج المشرع الفرنسى بهذه الجملة ،من هذا النص المستحدث فى مجموعه ،مشكلة تعنت أحد الأطراف ،سواء كان رب العمل أوالمعماري، برفضه التسلم أو التسليم تعسفا أو محاولة تأخيره إياه [١٤] فرسم بذلك الطريق الذى يتبع عند الرغبة فى إجراء عملية التسليم والتسلم [١٥] .أوجد بذلك نوعا آخر من التسلم ،هو التسلم القضائى أو التسلم الحكمى (انظر المادة ٦٥٥ مدنى مصرى) بديلا عن التسلم الفعلى الذى قد يرفضه أحد الأطراف دون مبرر مشروع ،أويعوق حدوثه • وهو بذلك يكون قد استجاب للاتجاه الفقهى والقضائى الذى كان سائدا ،من اعتبار أن التسلم قد تم فىتاريخ الإنذار الموجه من المهندس المعمارى أو المقاول إلى رب العمل، أو العكس، بالرغبة فى إجراء عملية التسليم والتسلم ،ومن ثم يكون هذا التاريخ هو تاريخ بدء سريان مدة الضمان ،اتساقا ،فىذلك، مع نص المادة ٦٥٥ مدنى مصرى [١٦] .

على أن تأمل كل من النصين المصرى (م ٦٥٥ مدنى) والفرنسى (م١٧٩٢ - ٦ /١) سالفى الذكر ،لينبىء عن بعض الاختلاف بينهما [١٧]

---

(١٤) حيث تركت هذه الحالة المتصورة جدا دون علاج ،لافى النص الأصلى للمادة ١٧٩٢ فى صياغتها الأولى سنة ١٨٠٤، ولا فى تعديل ١٩٦٧ الذى تم بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧، فى ٣ من يناير ١٩٦٧ •وذلك على خلاف الحال بالنسبة للقانون المصرى ،حيث قد تصدى لهذه المشكلة بالمادة ٦٥٥ من القانون المدنى الجديد •

(١٥) راجع ،فى ذلك، ما سبق بيانه، بالنسبة للتسلم السودى والتسلم القضائى، من ص ٢١٥ : ٢٣٠ •

(١٦) راجع، فيما سبق، من ص ٣٥١ : ص ٣٥٤ •

(١٧) قارن : شكرى سرور :السابق بند ١٣٣ ص ١٦٤ • حيث يقرر سيادته أنه ليس بين النصين كبير فرق من الناحية العملية • ذلك أنه نظر إلى الأمر من زاوية واحدة فقط هى زاوية التدخل القضائى فى الأمر •

سواء من حيث المخاطب بكل منها ، أو من حيث التاريخ الذى يعتبر أن التسلم قد تم فيه ، والذى يعتبر فى نفس الوقت تاريخ بدء سريان مدة الضمان . أو من حيث مورد كل منهما :

فأما من حيث المخاطب بكل من النصين ، ومورد كل منهما ؛ فالملاحظ أن النص الفرنسى يتوجه بخطابه لكل من الطرفين : المقاول ورب العمل ، أو غيرهما ، ذلك أن المناط فى الطلب هو المصلحة فى التعجيل بالتسلم ، والمصلحة هذه كما يمكن أن تقوم إلى جانب المقاول ، ويمكن أيضا أن تتوافر لدى رب العمل أو غيره ، ممن تكون له مصلحة أكيدة فى إجراء التسلم والتعجيل به (١٨) . ولذلك كان مورد هذا النص - لعموم خطابه - ضمن النص العام المستحدث بشأن التسلم ككل ، دون أن تختص به النصوص المنظمة لالتزامات أى من الطرفين .

أما بالنسبة لنص المادة ٦٥٥ من القانون المدنى المصرى فواضح أن خطابه موجه صراحة إلى رب العمل دون غيره ، باعتباره الطرف الذى يقع على كاهله الالتزام بالتسلم ، وهو المتصور رفضه أو تقاعسه عن أداء التزامه ، ولذلك كان مورد هذا النص - لخصوص خطابه - ضمن النصوص المنظمة لالتزامات هذا الأخير (١٩) .

---

(١٨) كما لو كان مستأجرا ، أبرم ، من قبل مع رب العمل ، عقد إيجار لوحدة أو وحدات سكنية أو تجارية فى البناء ، ولاحظ تواطؤا بين المقاول ورب العمل على عدم إجراء التسلم حتى يضطراه إلى فسخ عقد إيجاره . انظر ص ٢٢٠ : ٢٢٣ فيما سبق . بمناسبة التسلم القضائى .

(١٩) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٥ ص ٣٣ (التزامات رب العمل) .

أما من حيث الوقت الذى سيكون تاريخا للتسلم الحكمى، طبقا لكل من النصين ،والذى سيعتبر تاريخا تبدأ فيه مدة الضمان فى السريان: فالحقيقة أنه يختلف من نص إلى آخر ،فحيث لم يشر تحديده خلافا فى نطاق القانون المصرى ،إذ هو - طبقا لمفهوم نص المادة ٦٥٥ م - تاريخ الإنذار الرسمى الموجه إلى رب العمل بالتسلم [٢٠] إلا أن تحديد هذا الوقت، الذى يعتبر أن التسلم قد تم فيه ،قد أثار فى نطاق القانون الفرنسى خلافا كبيرا ،من قائل، بالاعتداد بتاريخ الإنذار ،إلى قائل، بتاريخ الحكم ،إلى ثالث يقول، بتاريخ إيداع تقرير الخبير ،إلى رابع يقول، بالتاريخ الذى يحدده قاضى الموضوع، ولو كان سابقا على تاريخ الحكم ذاته، أو تاريخ إيداع تقرير الخبير فى الدعوى [٢١].

---

(٢٠) راجع، فيما سبق، من ص ٣٥١ : ص ٣٥٤ .

(٢١) راجع، فى تفصيل كل ذلك ،ورأينا فى الموضوع، من ص ٢٢٠ : ص ٢٣٠، فيما سبق .وانظر، أيضا ،شكرى سرور، بند ١٣٤ ص ١٦٤، وما بعدها .

الباب الثاني

نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول

الباب الثانى

نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة للمهندس المعمارى ومقاول البناء

إن تعبير المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ، ومقاول البناء، لمنبىء بذاته عن أن هذه المسئولية تحكمها قواعد استثنائية خاصة بها ، تختلف عن القواعد التى تحكم المسئولية بوجه عام، سواء العقدية منها أو التقصيرية .

ولما كان الأصل فى القواعد الاستثنائية - باعتبار خروجها عن القواعد العامة - أنه لايقاس عليها ، ولا يتوسع فى تفسيرها لذلك لزم تحديد نطاق سريانها تحديدا دقيقا ، سواء من حيث الأشخاص الذين تشملهم أحكامها ، أو من حيث الموضوع الذى تنظمه قواعدها، وذلك حتى لايكون هناك مكان لقياس ، أو مجال لتوسع فى تفسير، يخرج بهذه القواعد عن النطاق الذى حدده لها المشرع ، تحقيقا للهدف الذى رنا إليه من تقريرها .

وعلى هذا فإننا نرى معالجة هذا النطاق فى فصلين مستقلين :

الفصل الأول : النطاق الشخصى لقواعد المسئولية الخاصة .

الفصل الثانى : النطاق الموضوعى لقواعد المسئولية الخاصة .

....

الفصل الأول

النطاق الشخصي لقواعد المسئولية الخاصة

في حين تشغل هذه المسئولية كاهل أناس، فإن البعض تحميه قواعدها، وعلى ذلك ندرس النطاق الشخصي لها في مبحثين :

المبحث الأول : الأشخاص المسئولون .

المبحث الثاني : الأشخاص المستفيدون .

المبحث الأول

الأشخاص المسئولـــــون

بينما احتفظ القانون المدني المصري بالنطاق الشخصي التقليدي للمسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، كما نقلها من القانون المدني الفرنسي، من مادتيه ١٧٩٢، ٢٢٧٠، في صياغتها الأصلية سنة ١٨٠٤ م، حيث قصر تطبيق قواعدها عليهما دون غيرهما (1) فإن القانون المدني الفرنسي قد خطا نحو التوسع

---

(١) م ٤٠٩/٥٠٠ مدني مصري ملغي:
" المهندس المعماري والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء، في مدة عشر سنين ٠٠٠٠٠٠" م ٦٥١ مدني مصري جديد :
" يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي ٠٠٠٠٠" .

وانظر، فيما سبق، نص المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدني فرنسي في صياغتهما الأولى سنة ١٨٠٤ ص١٣٣ وما بعدها هامش ٢ ، ٣ فيهما على الترتيب .

فى هذا النطاق خطوات بعيدة، وفى مرحلتين متقاربتين ،فقرر تطبيق قواعد هذه المسئولية، على كل من يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ،بل ولقد ذهب أبعد من ذلك ،إذ قرر تطبيق قواعدها على أشخاص لا تربطهم البته علاقة تعاقدية مع رب العمل (٢).

وسواء فى نطاق القانون المصرى ،أو فى نطاق القانون الفرنسى فإن للقضاء دورا لايمكن إغفاله فى هذا الخصوص .

وعلى ذلك ،فتبسيطا للعرض ،وتوخيا للقصد ،نرى معالجة هذا المبحث فى فرعين مستقلين ،نخصص أولهما للنطاق التقليدى للأشخاص المسئولين ودور القضاء فيه . ونجعل الثانى ، لدراسة التطور التشريعى للنطاق الشخصى المدين بأحكام هذه المسئولية فى القانون الفرنسى .

الفرع الأول

النطاق التقليدى للأشخاص المسئولين ودور القضاء فيه

تمهيد وتقسيم

سبق أن بينا آنفا ،أن قواعد المسئولية الخاصة بالمهندس

---

(٢) انظر نص المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى - بعد تعديلهما بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ يناير سنة ١٩٦٧- ص ١٣٤ فيما سبق هامش ٦ ، ٧ بها .

وانظر كذلك نص المادتين ١٧٩٢ ، ١/١٧٩٢ - فى صياغتهما الحديثة التى تمت بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ يناير سنة ١٩٧٨ - ص ٧٧ وما بعدها هامشى ٣ ، ٤ على التوالى فيهما .

المعماري ومقاول البناء قد عولجت ،في نطاق القانون المدني المصري في مرحلتين متتاليتين : الأولى بالقانون الملغي،والثانية بالقانون الحالي.[1] إلا أن الوضع ،فيما يتعلق بالأشخاص المسئولين لايكاد يختلف في كل من القانونين :

فقد كانت المادة ٥٠٠/٤٠٩ مدني ملغي تقضي بأن " المهندس المعماري والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء ....".

ثم جاءت المادة ٦٥١ من القانون المدني الجديد - التي حلت محل المادة السابقة - تنص على أن " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث ،خلال عشر سنوات ،من تهدم كلي أو جزئي ...." .

وهكذا يقرر القانون المدني المصري - سواء الملغي منه ، أو الحالي - صراحة ، وبعبارات قاطعة ،لا تدع مجالا لشك أو تردد، في أن الذين يخضعون لأحكام المسئولية الخاصة أو الضمان العشري المنصوص عليه بالمادتين سالفتي الذكر ،هما فقط المهندس المعماري [(١)م] والمقاول ،دون غيرهما، مالم يقم بدورهما ، أودورأي

---

(١) انظر، فيما سبق، ص ٦٧ وما بعدها .

(١) م - والمقصود بالمهندس المعماري هنا، كل من يتدخل في عملية التشييد والبناء بدور هندسي أيا كان ،بالمقابلة لدور المقاول الذي يقتصر - عادة - على عملية التنفيذ (انظر، فيما سبق، ص ١٩ ،٢٠ بالمقدمة ،وانظر، فيما بعد، تعريف المهندس المعماري في مفهوم واضعي المدونة المدنية الفرنسية سنة ١٨٠٤، وواضعي القانون المدني المصري القديم، والجديد، من ص٤١٢ : ص ٤١٤ والمراجع المشار إليها بهوامشها .

إلا أننا نرى، أن النص بصياغته الحالية، قد تجاوزه الزمن، بعد هذه الأشواط البعيدة من التطور، التي قطعها من التشييد والبناء، وبعد أن أصبح دور المهندس المعماري ،بالمعنى الفني لهذا المصطلح، يقتصر ،في الغالب من الأحوال ،على وضع التصميمات والرسومات، في حين يتولى غيره من المهندسين الإنشائيين أو التنفيذيين بقية المهام الهندسية في البناء، أو المنشأ الثابت الآخر . لذلك يليق بمشرعنا=

منهما (٢) .

ولا يكاد يختلف القانون المدنى المصرى – سواء الملغى منه أو الحالى – فى هذا الخصوص عما كانت تقضى به المادة ١٧٩٢مدنى فرنسى فى صياغتها الأولى (٣)سنة ١٨٠٤ ،حيث كانت تقصر أحكام هذه المسئولية أيضا على المهندس المعمارى ،والمقاول .

ولكن من هو المهندس المعمارى والمقاول اللذان اعتبرهما القانون المدنى المصرى-ومن قبله القانون الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ منه -دون غيرهما،مسئولين مع التضامن ،عما يحدث من تهدم كلى أو جزئى فى البناء ،أو المنشأ الثابت ،أو ظهور العيب فيه،وما دور كل منهما فيه ،وهل اقتصر التطبيق فعلا عليهما دون غيرهما ،أم امتد خارج حدودهما متعديا إلى ذلك الغير؟

كل هذه تساؤلات ينبغى الإجابة عليها فى شيء من الإيجاز الذى يقتضيه المقام . على أن نعرض لكل منهما (أى المهندس المعمارى والمقاول) فى مطلب مستقل،ثم فى مطلب ثالث نبين،هل انحصر النطاق الشخصى لهذه المسئولية فيهما،أم تعدى إلى غيرهما .
وأخيرا نعرض فى مطلب رابع لموقف المقاول من الباطن بالنسبة لأحكام هذه المسئوليه

= أن يعدل نص المادة ٦٥١ من قانوننا المدنى ،بما يذهب والفجوة التى أوجدها هذا التطور المتلاحق بين القانون والواقع العملى .

(٢) انظر فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى،ج ٥ ص ٢١ وما بعدها،حيث تقرر"أن المشروع (أى مشروع القانون المدنى الحالى) يحافظ على النطاق التقليدى لهذه المسئولية فيجعلها شاملة للمهندس المعمارى والمقاول ،ولا يطبقها على المهندس الميكانيكى إلا إذا قام بوظيفة المهندس المعمارى "

(٣) راجع نص المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فى صياغتها الأصلية سنة ١٨٠٤ ص ٤٣٣،فيما سبق،هامش ٢ بها .

المطلب الأول : المهندس المعماري ودوره في عملية التشييد .

المطلب الثاني : المقاول ودوره في تنفيذ البناء .

المطلب الثالث : مذهب القضاء .

المطلب الرابع : المقاول من الباطن ومسئولية المعماريين .

***

المطلب الأول

. المهندس المعماري ودوره في عملية التشييد

نبذة أولى : تعريف المهندس المعماري

يطلق مصطلح المهندس المعماري (٤) ويقصد به : ذلك الشخص الحاصل على مؤهل هندسي في هندسة المعمار ،يؤهله لأن يضع التصميمات والخرائط والرسومات والنماذج ويقدر الأبعاد والقياسات المختلفة للمنشآت والأبنية المراد إقامتها ويشرف على تنفيذها (٥)

ولقد سبق أن عرفه تقنين جياديت (٦) بذات التعريف الذي سبق أن تضمنه قاموس الأكاديمية الفرنسية (٧) ،بأنه (الفنان

---

(٤) ويعني بالفرنسية ARCHITECTE وهي كلمة مشتقة من الكلمة الإغريقية ARKHITEKTON التي تتكون من مقطعين : الأول " ARKHI " ومعناه الهيمنة والرفعة والاستعلاء ،بمعنى سيد أورب . والثاني TEKTON ومعناه العامل ouvrier (راجع قاموس روبير في اللغة الفرنسية ج١ ط ١٩٨١ لفظ architecte وأنظر أيضا : إدوارد لا بان في رسالته مسئولية المهندسين المعماريين و التأمين منها " المقدمة إلى جامعة باريس ١ والتي نوقشت في ٣١ مايو ١٩٧٨ - ص٤ وما بعدها في المقدمة

(٥) قاموس روبير : السابق ،بذات الموضع .

(٦) يعتبر تقنين جياديت بمثابة ميثاق شرف لمهنة الهندسة المعمارية في فرنسا ،أقره مؤتمر بوردو للمهندسين المعماريين الفرنسيين، المنعقد عام ١٨٩٥، والمعدل في ١٧ يوليو ١٩١٢، بمعرفة الجمعية المركزية للمهندسين المعماريين أيضا (موسوعة ، دالوز (التكملة) Supplément au répertoire pratique ج ١ ط ١٩٢٧ ص ١٣١ ، ط ٢ سنة ١٩٨١ . لفظ Architecte بند ٤ ص ١ بواسطة برناردبوبلي . وانظر ليترفو : قانون التشييد ط ٧ - ١٩٨٢ ص ٢٠٠ .

(٧) قاموس الأكاديمية الفرنسية ط ١٨٧٨ . انظر ليتة - فو الهامش السابق حيث جاء به :
" Les articles 1er et 2o de ce code (code de Guadet) donnent de L'architecte =

الذى يصمم أو يرسم الأبنية ،ويعين لها النسب والأحجام والتقسيمات المختلفة والزخرفات المناسبة ،مشرفا على تنفيذها تحت مسئوليته وأخيرا يسوى مصروفاتها " .

وفى مصر : عرفت لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والإتعاب المهندس المعمارى بأنه " الشخص المتميز بقدرته على التخطيط ،والتصميم المعمارى ،والتطبيق الابتكارى ،والتنفيذ وله إلمام تام بفن البناء ،حسب ظروف البيئة ومقتضياتها ،ويسهم فى التعمير والتشييد ،فى نطاق التخطيط العام ،ويتمتع بالحماية القانونية التى تتطلبها مهنته .

ويشترط أن يكون حائزا على بكالوريوس فى الهندسة المعمارية أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى ، المعترف بها بقانون نقابة المهندسين ،وأن يكون عضوا بنقابة المهندسين .(٨)

وقد عرفه الاستاذ الدكتور محمد لبيب شنب بأنه " الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المبانى أو المنشآت الأخرى والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء " (٩)

كما عرفه الاستاذ الدكتور السنهورى بأنه "هو الذى يعهد إليه فى وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت ،وقد

---

la définition suivante : " 1, L'architecte est defini par =
le dictionnair de l'académie Francaise (1878) en ces termes : " l'artiste qui compose les édifices , en détermine les proportions les distributions , les decorations, les fait exécuter sous ses ordres et en régle les dépenses .

وانظر فى تعريفه فى الفقه الفرنسى أيضا ، مينيفييل: فى رسالته سابقة الإشارة بند ٣ ص ٦ .

(٨) انظر البند (ب) من المقدمة ص ٣ منها .

(٩) شرح أحكام عقد المقاولة (سابق الإشارة) بند ١٠٥ص١٢٢

يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول ،والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقه إليه»[١٠].

وعلى ذلك فحاصل هذه التعاريف جميعها أن المهندس المعماري هو الشخص الطبيعي المتميز بملكاته الذهنية ،وقدرته على الابتكار والإبداع في التصميم ،ووضع الرسومات والخرائط والمقايسات وتعيين الأبعاد والنسب والاتجاهات ،كل ذلك بما يتناسب وظروف البيئة ومقتضياتها ،وأن تدخله في عملية البناء يكون بتكليف من المالك أو من يمثله قانونا ،ولحسابه ،وأنه يجمع بين صفة الفنان والفني ويمارس مهنة حرة غير تجارية [١١].

نبذة ثانية : دور المهندس المعماري في عملية التشييد

وإذا كانت مهنة المهندس المعماري ،قد اختلطت مع مهنة المقاول ،ردحا طويلا من الزمن [١٢]بحيث كان بعض المقاولين يقوم

---

(١٠) الوسيط : جـ ٧ /١ بند ٦٢ ص ١٠٩ .

(١١) سانت آلاري : (المرجع السابق) ط ١٩٧٧ ، ص ٥٣٣ ،ياقوت (المرجع السابق) بند ١٣ ص ٣٤ .

(١٢) راجع في تاريخ مهنة الهندسة المعمارية وتطورها : ج ميتيفيل : رسالته (سالفة الإشارة) ص ٢ وما بعدها . ج.ليبته تو : مهنة المهندس المعماري ط ١ ١٩٥٤ والثانية ١٩٦٣ .

دومينيك شارفي : في رسالته " مسئولية المهندسين المعماريين إكس مارسيليا ١٩٦٩ ص ٣ وما بعدها .

سانت آلاري : السابق ص ٥٣١ - ٥٤٧ .

روسيل ومعانيه (المرجع السابق) . 41 A& لابان : المرجع السابق ص ٢ وما بعدها ليت فو : المرجع السابق ص ١٩١ وما بعدها .

بتصميم البناء وتنفيذه ،فيمارس بذلك المهنتين معا ،وكذلك كان حال بعض المهندسين المعماريين أيضا [١٣]. إلا أنه ما إن أوشك القرن العشرين أن يبدأ، حتى كانت المعالم مابين المهنتين قد وضحت تماما ،وتميزت كل منهما عن الأخرى .

فحيث اختصت الأولى بوضع التصميم والرسومات والمقايسات وأحيانا الإدارة والإشراف ، اقتنعت الثانية بدور التنفيذ ،وعلى ذلك أصبح المهندس المعماري ذلك الفنان الذي يتميز بأنه يمارس مهنة حرة ،[١٤] تختلف عن مهنة كل من المقاول، والمورد، في أنها مهنة حرة غير تجارية، لا تسعى إلى الكسب ولا تضارب عليه [١٥].

---

(١٣) حتى لقد عرفه قاموس الأكاديمية الفرنسية في طبعتيه ١٧٦٢ ، ١٧٩٨ بأنه الشخص الذي يمارس فن البنا "celui qui exerce l'art de bâtir" ليت ـ فو: المرجع السابق ص ١٩٤ .

(١٤) قاموس الملكية المبنية لفظ Arhitecte مذكور في ليت ـ فو : السابق،هامش ٦ أعلاه ،وانظر نقض مدني فرنسي في ١٤ من ديسمبر ١٨٩٧ دالوز ١٩١١ ـ ١ ـ ٥٨٤ حيث قررت فيه : أن المهندس المعماري-على عكس المقاول ـ ليس بتاجر .

(١٥) وهو ما حرصت على تأكيده التقنينات المختلفة المنظمة لمهنة الهندسة المعمارية، في فرنسا، بدءً بتقنين جياديت وتعديله المذكور (انظر هامش ٦ أعلاه) ومرورا بقانون ٣١ ديسمبر ١٩٤٠ وتقنين الواجبات المهنية للمهندس المعماري الصادر في ٢٤سبتمبر سنة ١٩٤١،وانتهاء بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ في ٣ يناير سنة ١٩٧٧ والقرارات المطبقة له،والتي أهمها القرار رقم ٢١٧ لسنة ١٩٨٠ في ٢٠ مارس سنة ١٩٨٠ بالتقنين الجديد للواجبات المهنية للمهندس المعماري ،والقرار رقم ٢١٨ لسنة ٨٠ بذات التاريخ والمتعلق بحمل لقب مهندس معماري ، وانظر في مهنة الهندسة المعمارية والتعليق على القوانين والقرارات السابقة : ج مينيڤيل : رسالته (هامش ١٢ أعلاه) ج . ليت ـ فو : مهنة المهندس المعماري ط ٢ ١٩٦٣، جاك مونتميرل : مقال " تدخل المهندسين المعماريين في صفقات الأعمال الخاصة "الوقائع القانونية للملكية العقارية A. J. P. I. ١٩٦٧ ص ١٠٩ ـ ماري ـ إيلين جينين : "إصلاح الهندسة المعمارية بقانون ٣ من يناير ١٩٧٧" الموضع السابق، ص ٧٠٥ ـ ألان جوريو" وضع نقابة =

وهذا المعنى هو ما أكدته لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والأتعاب، سالفة الذكر، حيث عرفت هذه المهنة بأنها " مهنة فنية حرة كريمة، بعيدة عن الكسب المادى، مجالها التعمير والبناء للإنسان أينما كان ...." (١٦) .

وإذا كان المهندس المعماري - باعتبار أنه يمارس مهنة حرة غير تجارية كما بينا - لا يعتبر تاجرا إلا أنه إذا اعتاد التقاول على تشييد المبان، أو المنشآت الثابتة الأخرى، ولم يقتصر دوره على مجرد وضع التصميم والرسومات وعمل المقايسات بل تعدى ذلك إلى التنفيذ نفسه، وقام بتوريد المواد أو الأيدى العاملة اللازمة لهذا التنفيذ، فإنه يعتبر بذلك مقاولا، ويصدق عليه وصف التاجر، باعتبار أنه يمارس عملا تجاريا طبقا لنص المادة الثانية من القانون التجارى المصرى (١٧) بما يترتب على ذلك .

= المهندسين المعماريين تحت الوصاية الأسبوع القانونى ١٩٧٨ - ١ - ٢٩٢١ وايضا فى Administrer مارس ١٩٧٩ ص ٢٨ - يبيف جيوفا ": " إصلاح مهنة المهندس المعمارى أو نقابة تحت الوصاية " جازيت دى باليه ١٩٧٨ - ٢ ص ٤٥٥ - اليزابت بلاجيت - ويفيرت : " تطور المركز العقدى للمهندس المعارى بواسطة التقنين الجديد لواجبات المهندس المعمارى " الصادر فى ٢٠ من مارس ١٩٨٠ " الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٨٠ ص ٧٨٧ - مارى إيلين جينين التقنين الجديد لواجبات المهندس المعمارى " الموضع السابق ١٩٨٠ ص ٧٨٤ ألان جوريو: " احتكار المهندسين المعماريين " الأسبوع القانونى ١٩٨٠ - ١ - ٢٩٨٩ ج ليت - قو: التقنين الجديد للواجبات المهنية للمهندس المعمارى " المجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٨٠ ص ٢٢٣ - ومالنفووب، يوبلى : فى تعليقاتهما المستمرة فى المجلة الفصلية للقانون العقارى " Architectes , Entrepreneurs et techniciens : 1- Organisat-ion des professious".

(١٦) بند (أ) من المقدمة ص ٢ . هذا وينظم مهنة الهندسة المعمارية فى مصر حاليا قانون نقابة المهندسين رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ ولائحته التنفيذية والقرار الوزارى رقم ٢١٣٣ لسنة ١٩٧٥ بشأن النظام الداخلى للنقابة والقرار الوزارى رقم ٣٦٧٢ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكامه .

(١٧) تقابلها فى التقنين التجارى الفرنسى الصادر ١٨٠٧ المادة ٦٣٢، ٦٣٣ اللتان تعتبران من الأعمال التجارية على =

من أحكام سبق بيانها [١٨].

وإذا كانت لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية فى مصر تشترط فى المهندس المعمارى أن يكون حاصلا على بكالوريوس فى الهندسة المعمارية ،أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الأخرى المعترف بها بقانون نقابة المهندسين ،وأن يكون عضوا فى نقابة المهندسين ، فإن هذا من باب التنظيم المهنى ،وحتى يسمح للفرد بحمل لقب " مهندس معمارى ".أما فى شأن تطبيق أحكام المادة ٦٥١ مدنى مصرى، والالتزام بالضمان العشرى المنصوص عليه فيها، فلا عبرة بالحصول على مؤهل دراسى فنى فى هندسة المعمار ،بل يكفى لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة ،المنصوص عنها فى هذه المادة وما يقابلها من القانون المدنى الفرنسى ،قيام الشخص بمهام المهندس المعمارى؛ من وضع التصميم والرسومات وتعيين الأبعاد والنسب وخلافه مما يدخل فى المهمة الأصلية للمهندس المعمارى . ذلك أن العبرة فى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ليست بتوافر الصفة القانونية للمهندس المعمارى فى الشخص بل بطبيعة الأعمال التى يقوم بها هذا الشخص [١٩] وعلى ذلك يكون ملتزما بالضمان أى مهندس ،ولو كان مهندسا ميكانيكيا أو كهربائيا مادام يقوم بمهمة المهندس المعمارى [٢٠].

= الترتيب ،مقاولات التوريد ومقاولات المبانى (انظر فى ذلك موسوعة دالوز التكملة Supp. reper . Pr.t . ط ١٩٢٧ ج ١ ص ١٣١ . سبق ذكرها بهامش ٦ أعلاه ،وانظر أيضا : نقض مدنى فى ١٠ من يوليو ١٩٢٢ دالوز الدورى ١٩٢٥ - ١ - ٢١٦ وتعليق؛ I، السين المدنية فى ١٤ من نوفمبر ١٩٢٣ دالوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٢٩٨

(١٨) انظر ص ٧٠ وما بعدها فيما سبق .

(١٩) شنب : المرجع السابق، بند ١٠٥ ص ١٢٢ ، العطار: المرجع السابق ، بند ٥٢ ص ١٢٢ ،بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٢ ، ص ١٩٥ .

(٢٠) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصرى الجديد ج ٥ ص ٢٢ ، السنهورى : المرجع السابق، بند ٦٢ ص ١٠٩، ج دلفو (رسالته سالفة الذكر) بند ٢٣٤ ص ١٩٥ . موسوعة دالوز ٢ لفظ Entreprise بند ١٢٢ .

بل إن المقاول الذى لا يحمل أى مؤهل، أو أى شخص آخر غير مؤهل، إذا وضع التصميم ، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعمارى، ومن ثم يكون ملتزما بالضمان [(٢١)].

وإذا اشترك عدة مهندسين معماريين ، أو أشخاص آخرين، فى القيام بمهمة المهندس المعمارى ، كانوا جميعا مسئولين ، كل فى حدود ما قام به من أعمال فى نطاق هذه المهمة [(٢٢)].

والأصل أن يكون المرجع فى معرفة حدود ما كلف به المهندس المعمارى من مهام فى عملية البناء والتشييد ، هو العقد المبرم بينه وبين رب العمل ، باعتباره شريعة عاقديه [(٢٣)].

فإذا ثبت منذ أن دور المهندس المعمارى قد اقتصر على مهمته، الأساسية وهى وضع التصميم فقط ، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ والإشراف على سير العمل - كما هو الغالب - باعتبار أن هذا هو صميم مهمته ، فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى تأتى من الخطأ فى التصميم الذى وضعه [(٢٤)] . (م ٦٥٢ مدنى مصرى) ويقع عبء إثبات

---

(٢١) السنهورى : الهامش السابق ، ويشير سيادته بهامش ٣ ص ١١٠ إلى حكمى مجلس الدولة الفرنسى فى ٥ من يوليو ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢ - ٣ - ٩٢ ، فى ٢٠ من فبراير ١٨٩٤ سيرى ١٨٩٦ - ٣ - ٦ .

(٢٢) شنب : هامش (١٩) أعلاه ، السنهورى : هامش (٢٠) أعلاه بودرى وفال ج ٢ بند ٩٣٢٣ ص ١٠٩٦ ، الأساتذة مازو وجيجلار: دروس ؛ ج ٣ / ٢ ط ٥ ١٩٨٠ بند ١٣٦٢/ ٢ ص ٧٨٣ .

(٢٣) ياقوت : المرجع السابق ، بند ١٥ ص ٣٦ .

(٢٤) سانت آلارى : المرجع السابق ص ٥٣٠ ، مازو وجيجلار: السابق بند ١٣٦٢/ ٢ ص ٧٨٠ وما بعدها . ياقوت : الهامش السابق، بينما يكون من كلف الرقابة والإشراف على التنفيذ - مهندسا كان أم مقاولا - مسئولا عن ما يحدث بالتنفيذ من عيوب أو أخطاء طبقا لأحكام هذه، المسئولية الخاصة إذا توافرت شروطها .

أن العيب يرجع إلى خطأ فى التصميم على عاتق رب العمل ،فإن عجز عنه ،فلا يكون المهندس المعمارى مسئولا (٢٥).

أما إذا اتضح من هذا العقد ،أو من واقع الحال،أن دور المهندس المعمارى لم يقتصر على التصميم فقط ،بل - كما يحدث كثيرا - كلف الرقابة على التنفيذ ،والإشراف على سير العمل،كانت مسئوليته على حسب الأعمال المسندة إليه ،(٢٦)ويقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الأصل ،طبقا للقواعد العامة فى هذا الخصوص .

---

(٢٥) شنب : الهامش ٩ اعلاه

(٢٦) وانظر فى التزامات المهندس المعمارى بصفة عامة بالإضافة إلى المراجع والمقالات المشار إليها بهامش (١٥) أعلاه ج . دلفو : رسالته (هامش ٢٠ أعلاه) بند ٢٣٤ ص ١٩٥ ومابعدها .

دومينيك شارفى : رسالته - (هامش ١٢ أعلاه) ص ٢٠٠ وما بعدها ،لا بان : رسالته (هامش ٤ أعلاه) من ص ٤٤ : ٨٧ ،ف مالنفو جستان (المرجع السابق) بند ٦٨ ،٦٩ ص ٨٣ - ٨٥ ،كاريلا . (المرجع السابق) فصل (C) ليت - فو : المرجع السابق ص ٢٢٤ - ص ٢٣٠

بيير دلفولفى : " تحديد المسئولين فى منازعات التشييد بين رب العمل (شخص عام) وبين المعماريين : مجلة القانون والمدنية عدد ٣ ص ١٣٦ .

- وانظر فى مصر لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والأتعاب ص ٢ ،من ص ٢٣ - ص ٢٩ بالعقد النموذجى الملحق بها .

المطلب الثانـــى

المقاول ودوره فى عملية التنفيـــــد[(٢٧)]

نبذه أولى : تعريف المقاول

المقاول لغة: هو المفاوض، والمقاولة هى المفاوضة، مـــــن (قاوله) فى أمره، و (تقاولا) أى تفاوضا .[(٢٧) مكرر] واصطلاحا: هـــو الشخص الذى يعهد إليه بتشييد المبانى، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى[(٢٨)] بناء على ما يقدم له من تصميمات، وذلك فى مقابل أجر

---

(٢٧) وإذا كانت مهنة الهندسة المعمارية - سواء فى مصر أو فرنسا - منظمة بمقتضى قوانين ولوائح خاصة بها ، بحيث ينضـــوى المهندسون المعماريون تحت ظل نقابة خاصة بهم - كما هو الحال فى فرنسا ، أو فرع من نقابة ، كما هو الحال فى مصر - تمثلهم وتنظم أمور مهنتهم وكيفية مباشرتهم لها ، وتتحدث باسمهم عند الاقتضاء، فإن مهنـة المقاولة ، لم تنظم تشريعيا حتى الآن، لا فى مصر ولا فـــى فرنسا، ولا توجد نقابة خاصة بالمقاولين ، ينضوون تحت شعارها كمـــا هو الشأن بالنسبة للمهندسين المعماريين .

ولكن المقاولين المعماريين فى فرنسا ، غالبا ما ينتظمـون فى مجموعات مهنية ، أهمها حاليا : " الاتحاد الوطني للبنــــــاء La Fédération Nationnale du Batiment ويرمـــز لها (F . N . B) و " الاتحاد الفرنسى للأشغال العامـــة Féderation francaise des Travaux publics F. F . T . P

كما تتم مراقبة مباشرة المهنة عن طريق ما يسمى " بالتنظيم المهنى لتوصيف وتقسيم البناء" Organisme professionnel de qualification et de classification du Bâtiment (O . P . Q . C. B.)

وهو يوصف المقاولين حسب تخصصاتهم ، وأهمية الأعمال التـــى يباشرونها ، وبناء عليه فإن المؤمنين يرفضون - كمبدأ - أن يغطوا تأمينيا المقاول بالنسبة للأعمال التى تعلو توصيفه (انظر فـــى ذلك : مازو ، وجيجلار : السابق، بند ٣/١٣٦٢ ص ٧٨٣ وهامش ١ بهـا ، نقض مدنى فرنسى فى ١٠ من فبراير ١٩٦٩ بلتان ١٩٦٩ - ١ رقــم ٦٣)

٢٧ مكرر - مختار الصحاح : لمحمد بن أبى بكر الرازى ط، دار التنوير العربى - بيروت - ١٤٠٥ - ١٩٨٥ باب القاف ص ٥٥٩ .

(٢٨) السنهورى : السابق ، بند ٦٢ ص ١١٠ ، ياقوت : السابـق =

ودون أن يخضع فى عمله لإشراف أو إدارة [٢٩]

نبذة ثانية : دور المقاول فى عملية التنفيذ

وينم التعريف الاصطلاحى للمقاول عن دوره الأساسى فى عقد المقاولة ، فهو المنوط به تنفيذ محتوى هذا العقد ومضمونه ، وذلك وفقا للتصميمات والنماذج والرسوم ، الموضوعة من قبل المهندس المعمارى ، أو رب العمل [٣٠] ، بما يتضمنه هذا التنفيذ من ، إدارة تقتضيها أعماله ، وحراسة للمواد والأدوات المسلمة له للقيام بهذا التنفيذ ، ومن تنبيه وإرشاد لرب العمل ، أو المهندس المعمارى ، إلى الأخطار التى يكتشفها ، أو كان من المفروض عليه أن يكتشفها ، فى التصميمات والرسومات والنماذج المقدمة له ، أو من عيب فى التربة المراد إقامة البناء عليها ، وذلك فى الوقت المناسب [٣١] لتدارك الأضرار التى من الممكن أن تؤدى إليها هذه الأخطاء . كما أن عليه حراسة مكان البناء ، أو مكان العمل ، ومراقبة ما يجرى فيه من أعمال تحاشيا لأية أضرار قد تنجم لرب العمل ، أو للغير ، من المارة أو الجيران [٣٢]

= بند ١٤ ص ٣٥ : وانظر قاموس : روبير (السابق) لفظ " Entrepreneur " حيث عرفه بأنه الشخص الذى يتعهد بتنفيذ عمل بواسطة عقد مقاولة .

" Çelui qui se charge de l'exécution d'un Travail par un contrat d'entreprise ".

(٢٩) شنب : السابق ، بند ١٠٥ ص ١٢٣ ، وانظر آنفا ، ص ٦٩ .

(٣٠) الأساتذة مازو وچيجلار : المرجع السابق ، بند ٣/١٣٦٢ ص ٧٨٣ .

(٣١) ياقوت المرجع السابق . بند ١٦ ص ٣٧ وما بعدها .

(٣٢) انظر فى التزامات المقاول بصفة عامة : محمد كامل مرسى : العقود المسماه ج ٤ بند ٥٨٠ ص ٤٨٢ . بند ٦١٠ ص ٥١٢ . شنب المرجع السابق . بند ٦٦ ص ٨٥ - ١٢٣ ص ١٤٨ ، السنهورى : المرجع السابق بند ٣٤ ص ٦٤ . بند ٧٦ ص ١٤٣ . عنبر : عقد المقاولة =

هذا هو الدور الأساسى للمقاول فى تنفيذ عقد المقاولة والذى يترتب على الإخلال به انعقاد مسئوليته العقدية (٣٣) أوالتقصيرية على حسب الأحوال .

أما إذا لم يقف المقاول عند دوره الأساسى هذا، بل تعداه إلى القيام بدور المهندس المعمارى، من وضع للتصميمات والرسوم والنماذج ،كما قد يحدث أحيانا ،وكان بها عيب أدى إلى التهدم الكلى أو الجزئى فى البناء ،أو إلى ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته ،أو يجعله غير صالح للهدف الذى أعد من أجله ،اعتبر هذا المقاول بهذا مهندسا معماريا ،فيما يتعلق بتطبيق أحكام المسئولية الخاصة عليه ،وكان ملتزما بضمان هذه الأعمال ضمانا عشريا بصفته مهندسا معماريا ،إلى جانب صفته الأصلية كمقاول (٣٤) .

= ط ١ ١٩٧٥ بند ٨٠ ص ١٠٥ : بند ١٧٦ ص ٢٢٤ أ. دلفو (المرجع السابق) من ص ١٧٩ : ص ٢١٦ ،ج فليشو " القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ٧٥ فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ "الأسبوع القانونى ١٩٧٦ - ١ - ٢٧٩١ ، فورجو وبولاجوير : " المقاولة من الباطن . قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بعد سنتين من التطبيق " جازيت دى باليه ١٩٧٨ - ١ ص ١٣٢، ب بوبلى (المرجع السابق) بند ١٧٢ ص ١٠٠ : ١٧٨ ص ١٠٣، " إبرام وتنفيذ صفقات الأعمال الخاصة "لج مونتميزل و أ. كاستو ط ٣ ١٩٧٩ بند ٣٨٥ - ٣٨٩ ،كاريلا : المرجع السابق ،فصل د (D) ليت - قو المرجع السابق من ص ٢٧٨ : ص ٢٨٧ ،بير دلفولفى : مقاله السابق ص ١٣٧، وأحكام مجلس الدولة الفرنسى المشار إليها فى هامش ٢٦ بها

(٣٣) طبقا للقواعد العامة ،أو قواعد المسئولية الخاصة على حسب الأحوال .

(٣٤) السنهورى : المرجع السابق . بند ٦٢ ص ١٠٩ ،بودرى ، وفال ج ٢ بند ٣٩٢٣ ص ١٠٩٦ ،بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٥٢، ص ١٩٥ ،نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ٢١ من يناير ١٩٦٥ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض س ١٦ ق ١٣ ص ٨١ ، مج أبو شادى قاعدة ١٥٨٥ ص ٩٥٨،وفى الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ ق جلسة ٨ من ديسمبر ١٩٦٦ . مجموعة أحكام النقض س ١٧ ق ٢٦٤ ص ١٨٣٠ مشار إليه فى ياقوت . المرجع السابق هامش ٥٠ ص ٣٨، نقض مدنى فرنسى فى ١٦ من يوليو ١٩٧٤ الأسبوع القانونى ١٩٧٤ - ٤ ص ٣٢٧ وانظر أيضا . مازووجيجلار: المرجع السابق : بند ١٣٦٢/٣ص ٧٨٤ ومابعدها.

وإذا كانت القاعدة ،أن المهندس المعماري لايباشر - في الأصل - عملا تجاريا ،وبالتالي لايعتبر تاجرا مالم يقم بدور المقاول كما سبق أن بينا (٣٥)،فإن الأصل في المقاول أنه يباشر عملا تجاريا،وبالتالي فهو معتبر،دائما،تاجر (٣٦) بما يترتب على ذلك من آثار سبق بيانها (٣٧).

وإذا كان الغالب أيضا أن المهندس المعماري يكون وكيلا عن رب العمل ،وكالة صريحة أو ضمنية ،كما سبق أن بينا أيضا ،فإنه قد يحدث أحيانا ،أن يوكل رب العمل المقاول ،في بعض شئونه المتعلقة بالعمل محل العقد ،وكالة صريحة أو ضمنية أيضا ،ويكون هذا الأخير وكيلا عنه بمقتضى،وفي حدود،هذه الوكالة،ويسأل عقديا عن إخلاله بأحد التزاماتها (٣٨).

ويلتزم المقاول بالضمان العشري محل الدراسة - بفرض توافر شروطه على النحو الذي بيناه في الباب الاول - سواء كان هو الذي قدم المواد التي أقام بها البناء ،أو كان الذي قدمها هورب العمل(٣٩)

---

(٣٥) انظر ،فيما سبق ،٤١٦ ، ٤١٧ وهامش ١٧ بها .

(٣٦) ب . بوبلي : المرجع السابق . بند ١٧١ ص ٩٩ ، مازو وچيجلار : المرجع السابق ٣/١٣٦٢ ص ٧٨٣ .

(٣٧) انظر،فيما سبق،ص ٨٨ وما بعدها .

(٣٨) مازو وچيجلار : هامش ٣٦ أعلاه ،نقض مدني فرنسي ٢٢ من يناير ١٩٧٤ بيلتان ١٩٧٤ - ٣رقم ٣٢ .

(٣٩) شنب : المرجع السابق،ص ١٥٢ والمراجع المشار إليها في هامش (١)بها . السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق : بند ٦٢ ص ١١٠ ويقرر سيادته بهامش ١ بذات الصفحة :أن العامل البسيط ،إذا اشتغل في البناء لحسابه ومستقلا عن رب العمل ،فإنه يعتبر مقاولا، ويجب في ذمته الضمان ، ياقوت : المرجع السابق بند ١٤ ص ٣٥.

وكذلك ليس من الضرورى،أن يكون من قام بالعمل مقاولا واحدا، بل يجوز أن يكل رب العمل العمل، إلى عدة مقاولين ؛ فهذا متخصص فى دق الأساسات،وذاك لأعمال البناء الأخرى؛من أعمدة وجدران وعوازل وأسقف وأرضيات وخلافه ، وثالث لأعمال النجارة،ورابع للحدادة وخامس للأعمال الصحية .....الى غير ذلك،من الأعمال التى يقتضيها البناء، أو التشييد،ويمكن أن تكون محلا مقاولات فرعية .فكل هؤلاء المقاولين، مجتمعين أو منفردين،يلتزمون بالضمان الخاص-كل فى نطاق العمل الذى أوكل إليه (٤٠)-متى تحققت دواعيه .

ويلتزم ،أيضا،المقاول بالضمان العشرى ،سواء كان هو الذى قام بالعمل بنفسه أو بواسطة تابعيه وعماله ،حتى ولو لم يكن هؤلاء أتباعا،بالمعنى المفهوم فى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه، كما فى حالة المقاولين من الباطن ؛فهؤلاء يلتزم المقاول الأصلى بضمان أعمالهم أمام رب العمل ،بينما لايسألون هم إلا أمام المقاول الأصلى،فقط - وليس أمام رب العمل - مسئولية عقدية،طبقا للقواعد العامة ،وذلك لتوافر الرابطة العقدية بينهم وبين المقاول الأصلى، وانتفائها فيما بينهم وبين رب العمل.والمقرر أن المادة ٦٥١ مدنى مصرى وما يقابلهافى القانون المدنى الفرنسى ،إنما تنظم مسئولية ترجع فى أساسها إلى رابطة عقدية ،بين رب العمل ومن قام به (٤١).

---

(٤٠) السنهورى : المرجع السابق . ص ١١٠٠ ياقوت :الهامش السابق ،مازو وجيجلار :المرجع السابق،بند ٣/١٣٦٢ ص ٧٨٤ ،روليه Roulet " اتحاد المشروعات والمسئولية Union d'entreprises et Responsalulité" جازيت دى باليه ١٩٧٤ - ٢ ص ٦٣٦ .وانظر نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى)فى ٤ من يوليو ١٩٧٩ دالوز ، ١٩٧٩ إخطارات سريعة ص ٥٤٧ .

(٤١) شنب : المرجع السابق بند ١٠٥ ص ١٢٣ ،السنهورى:الهامش السابق ،العطار : هامش ١٩ أعلاه ،مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ٣/١٣٦٢ ص ٧٨٣ ،باريين R.Barraine طبيعة ومدى مسئولية المعمارى، المجله الفصليه للقانون التجارى ١٩٦٢ ص ٣٧٧ . نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) ٥ من يناير ١٩٧٨ بيلتان ١٩٧٨ - ٣ رقم

أما إذا اقتصر دور المقاول على أداء بعض الأعمال التى - حتى وإن تمت معيبة - لاتؤثر على متانة العمل وسلامته، ولا تجعله غير صالح للهدف الذى أنشىء من أجله ، كأعمال البياض والدهان وأعمال الصيانة الثانوية ، فإنه لايخضع ، والحال كذلك ، إلى أحكام المسئولية الخاصة محل الدراسة ،(٤٢) وإن خضع للأحكام العامة فى المسئولية العقدية ، باعتباره مخلا بالتزام عقدى ، ترتب فى ذمته بمقتضى عقد المقاولة ، المبرم بينه وبين رب العمل .

والذى ينبغى ملاحظته ، أنه طبقا للقانون المصرى ، يلتزم المقاول بالضمان الخاص ، أيا كانت الطريقة التى أبرمت بها المقاولة معه ، أى سواء تمت بطريق الجزاف أو بسعر الوحدة (٤٣).

على أن الأمر لم يكن كذلك فى القانون الفرنسى ، منذ تقنين نابليون سنة ١٨٠٤ وحتى صدور القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ من يناير سنة ١٩٦٧ ، إذ كان إبرام الصفقة بطريق الجزاف شرطا تشريعيا للقول بالضمان العشرى ، المنصوص عليه بالمادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى(٤٤) مما جعل الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية تقرر - فى حكم حديث نسبيا لها - استبعاد المهندس المعمارى من نطاق تطبيق المسئولية الخاصة المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى (تقابلهما المادة ٦٥١ مدنى مصرى) ، بحجة أنه لايتعاقد بطريق الجزاف مع رب العمل ، وإن الذى يتعاقد بهذه الطريقة إنما

---

(٤٢) شنب : المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

(٤٣) شنب : الهامش السابق ، السنهورى : المرجع السابق ، بند ٦١ ص ١٠٨ ، عنبر : المرجع السابق ، بند ١٦١ - ص ١٩٤ وما بعدها .

(٤٤) انظر المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فى صياغتها الأولى سنة ١٨٠٤ ص ٧٩ فيما سبق ، والمراجع المشار إليها فى الهوامش من ٩ - ١١ بها ، وما بعدها .

هو المقاول وليس المهندس المعماري (٤٥) ولقد جرت بعض أحكام القضاء الفرنسي على هذا المبدأ (٤٦) حتى تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٣ لسنة ٦٢ في ٣ يناير سنة ٦٧ . ونص صراحة على خضوع المهندس المعماري لقرينة المسئولية المنصوص عنها بالمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي سالفة الذكر ،على ما سيأتي بيانه في موضعه من البحث .

المطلب الثالث

مذهب القضاء في تحديد النطاق الشخصي المدين بأحكام هذه المسئولية الخاصة

عرضنا في المطلبين السابقين لكل من المهندس المعماري والمقاول ،باعتبارهما النطاق الشخصي التشريعي لهذا النوع من المسئوليات الخاصة ، الذي نصت عليه المادة ٦٥١ مدني مصري جديد والمادة ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي ،في صياغتهما الأصلية التي تمت عام ١٨٠٤ وحتى قبل تعديلهما بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ في ٣ من يناير ١٩٦٧ ،حيث أن هذه المواد لم تنص صراحة إلا على هذين الشخصين دون غيرهما . ويعلل الفقه هذا الاقتصار

---

(٤٥) نقض مدني فرنسي (الدائرة الأولى) في ٥ من إبريل ١٩٦٥ بيلتان ١٩٦٥ - ١ رقم ٢٤٢ وانظر تعليق ج ليت - فو عليه الأسبوع القانوني ١٩٦٥ - ١ - ١٩١٨ .

(٤٦) نقض مدني في ٢٥ من مايو ١٩٦٥ بيلتان ١٩٦٥ - ١ رقم ٣٣٨ ص ٢٤٩ ،في ٢٦ من يونيو ١٩٦٧ بيلتان ١٩٦٧ - ١ - رقم ٢٣٣ ص ١٧٢ في ٩ من يناير ١٩٦٩ بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٣٠ ص ٢٧ .

عليهما فقط ،بالظروف الاجتماعية والأوضاع العملية التى كانت سائدة آنذاك ،وماثلة أمام واضعى التقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ . والذى عنه نقل المشرع المصرى قديمه وحديثه ،وكذلك إلى الخلط الذى كان موجودا حينذاك بين المهنتين ،كما سبق أن أوضحنا (١).

ولكن القضاء فى كل من مصر وفرنسا (٢) وقد ألفى نفسه فى الواقع العملى أمام العديد من المهن والمهنيين ،المتدخلين فى عمليات البناء والتشييد - لم يتشبث بحرفية نصوص المواد سالفة الذكر ،ولم يقف عند الإرادة الصريحة لمشرعه ،المتمثلة فى هذه النصوص ،بل سرعان ما آنشأ يبحث عن الإرادة الضمنية لهذا المشرع يتحسسها - مؤيدا من الفقه - من روح التشريع ،والأعمال التحضيرية له . وكذلك الوقوف على الهدف الذى تغياه المشرع من تقرير هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ،فظهر له أن المشرع - سواء المصرى أو الفرنسى - لم يخضع هذين المعماريين لأحكام هذه المسئولية ،لأسباب شخصية تتصل بشخصيهما وإنما لأسباب ودوافع مهنية تتصل بمهنة كل منهما ،التى يباشرها فى مجال التشييد والبناء (٣).

---

(١) انظر ،فيما سبق ،ص ٤١٤ وما بعدها وبالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى هامش ١٢ بها انظر من الفقه المصرى . شنب : المرجع السابق ،بند ١٠٥ ص ١٢٢ ،السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ، ٦٢ ص ١٠٩ ،العطار : المرجع السابق ،بند ٥٢ ص ،١٢٢ وما بعدها ،ياقوت المرجع السابق ،بند ٨ ص ٢٢ وما بعدها ،ومن الفقه الفرنسى : انظر پلانيول وريبير ورواست ،ج ١١ بند ٩٥٢ ص١٩٥ وما بعدها ،مازو: مطول المسئولية ج ٢ بند ١٠٧٠ - ٥ ص ٦٩ ،بوبلى : المرجع السابق ، بند ٣٠١ ص ١٩٠ ،كاريلا : المرجع السابق ،فصل أ ص ٣٥ ومابعدها ليت - فو المرجع السابق ،ص ٣٤٨ .

(٢) يؤيدهما الفقه فى كل من البلدين ،انظر المراجع المشار إليها بالهامش السابق .

(٣) انظر إلى جانب الفقه المشار إليه بهامش (١) أعلاه محمد كامل مرسى : المرجع السابق . بند ٥٩٨ ص ٥٠٠ ،وانظر أيضا =

وعلى ذلك ،أخضع هذا القضاء للمسئولية العشرية ،جميع مؤجرى العمل سواء كانوا مهندسين معماريين أم لا ،مقاولين ،أم غير مقاولين ،أيا كانت صفاتهم وألقابهم ،ماداموا قد باشروا مهنة المهندس المعمارى ،أو المقاول ،وكانوا مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة (٤).

= مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الجديد من المادة ٨٩٥ من المشروع ،حيث تقرر: أن بعض التشريعات تضيق من النطاق الشخصى لهذه المسئولية ،فلم تخضع لها إلا المقاول فقط،فى حين تركت مسئولية المهندس المعمارى لأحكام القواعد العامة ،بينما توسع بعضها الآخر فى هذا النطاق فجعلها شاملة فوق المهندس المعمارى والمقاول - للمهندس الميكانيكى . ولقد حافظ مشروع القانون المعروض (القانون الحالى) على النطاق التقليدى لهذه المسئولية،فجعلها شاملة المهندس المعمارى والمقاول ،ولا يطبقها على المهندس الميكانيكى إلا إذا قام بوظيفة المهندس المعمارى (راجع مجموعة الأعمال التحضرية ج ٥ ص ٢١وما بعدها).

٤) انظر فى ذلك على وجه العموم : نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٠ ق فى ٢١ من مايو ١٩٧٥ ،مجموعة القواعدالقانونية س ٢٦(١٩٧٥) ق ١٩٩ ص١٠٤٨ . نقض مدنى فرنسى فى ٥ من يناير ١٩٤٦ . دالوز ١٩٤٦ ص ٢٦٥ ،نقض فرنسى (الدائرة ١ مدنى) فى ١٣ من نوفمبر ١٩٦١ دالوز ١٩٦١ موجز ص ٨٧ R.T.D. comm. ١٩٦٣ ص ٤٦٥ تعليق سانت ألارى ، A. J. P. I ١٩٦٢ ص ٤٦٣ تعليق كاباناك ، ،نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى) فى ٣٠ من أكتوبر ١٩٦٩ بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٦٩٣ ص ٥٢٢ ،فى ٢١ من يناير ١٩٧١. ج.ك ب . ١٩٧١ - ٢ - ١٦٧٢٩ ،فى ١٢ من أكتوبر ١٩٧٨ جازيت دى باليه من ٧ - ٩ يناير ١٩٧٩ الملخص ،وانظر كذلك مجلس الدولة الفرنسى فى ٥ من يونيو ١٨٩١ دالوز ١٨٩٢ - ٣ - ٩٣ ،فى ٢ من فبراير ١٨٩٤ سيرى ١٨٩٦ - ٣ ص ٦ .

وانظر تطبيقات خاصة نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ١٢٠لسنة ٣٠ ق فى ٢١ من يناير ١٩٦٥ مجموعة القواعد القانونية س١٧ ق ١٣ ص ٨١ ،نقض فرنسى (الدائرة (١)مدنى) فى ٩ من إبريل ١٩٦٢بيلتان ١٩٦٢ - ١ رقم ٢٠١ ص ١٧٩)بشأن مكتب دراسات فنية ، وبشأن مؤسسة مهندسين غير معماريين ،انظر نقض فرنسى (الدائرة الاولى مدنى) فى ٢١ من ديسمبر ١٩٦٤ بيلتان ١٩٦٤ - ١ رقم ٥٨٢ ص ٤٥١،ج . ك.ب ١٩٦٤ - ٢ - ٥ ١٤٠٠٠،وبشأن مهندس غير معمارى انظر نقض فرنسى (الدائرة ١ مدنى) فى ٨ من مارس ١٩٦٥ ،د-١٩٦٦ الموجز ص٦١٧ ، A.J.P.I ١٩٦٦ رقم ٧٩ ص٤٠ ٥١ تعليق مونتميرل) ج.ك.ب ١٩٦٥-٢-١٤١٩٠ تعليق P.L. وأيضا بيلتان ١٩٦٥ =

واستمر العمل بهذا المبدأ القضائى ،حتى قننه المشـــرع الفرنسى ،بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ من يناير ١٩٦٧ علـــى ما سنرى فى الفرع الثانى من هذا المبحث (٥) .

من هذا العرض لأحكام القضاء - سواء المصرى على ندرته البالغة فى هذا المجال ،أو الفرنسى بغزارته المشاهدة ،وطبقا لهذا المفهوم الواسع الذى اعتنقه لكل من المواد ٦٥١ مدنى مصرى ،١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ،والذى أسسه بناء على ما استظهره من إرادة ضمنيـــة للمشرع استقاها من سبلها المشروعة - نستطيع القول بأن النطـــاق الشخصى المدين بأحكام هذه المسئولية - طبقا لهذا المذهب القضائى المؤيد من الفقه فى مجموعه - لايحده إلا شرطان هما :

الارتباط والمباشرة .

فأما عن شرط المباشرة ،فهو شرط بدهى ،مقتضاه أن يباشـــر الشخص - أيا كانت صفته ،وكيفما كان لقبه - المهام التى يكـــون - بحسب المجرى العادى للأمور - من شأن المهندس المعمارى أو المقاول القيام بها ،فى مجال التشييد والبناء ،تصميما كان هذا العمـــل أو تنفيذا ،إدارة أو إشرافا ،نصحا أو إرشادا ،بل وحتى لو لـــم تكن داخلة فى المجال التقليدى لمهنة أى منهما ،ولكن اقتضاهـــا

= - ١ رقم ١٦٨ ص ١٢٧ . وبشأن مشرف على العمل ليس مهندسا معماريا .نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى)فى ٣ من ديسمبر ١٩٦٩ . بيلتان ١٩٦٩ - ٣ رقم ٨٠٣ ص ٦١٢ ،وكذلك مراقب فنى تدخل فى وظيفة التصميم التى هى من صميم مهنة المهندس المعمارى . انظر نقـــض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى) فى ١١ من يونية ١٩٨١ جازيت دى باليـــه ١٩٨٢ بانوراما ص ٢٩ ،محكمة بيتيم Bethume فى ٦ مـــن مايو ١٩٥٨ دالوز الأسبوعى ١٩٥٨ موجز ص ١٣٤ وذلك بشأن قبّاس قـــام بدور المهندس المعمارى . وانظر بشأن مهندس غير معمارى ،مجلـــس الدولة الفرنسى فى ٥ من نوفمبر ١٩٦٥ ج ك . ب ١٩٦٦ - ٢ - ١٤٥٤٠ وبشأن شركة هندسة société ingénerie تباشـــر أعمال التصميم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢ من فبراير ١٩٦٦ مجموعـــة مجلس الدولة Rec. leb. ١٩٦٦ ص ٧٢ .

(٥) انظر ص ٤٥٠ وما بعدها.

ماجد من جديد فى أعمال التشييد والبناء ،كما ظهر من التطبيقات القضائية التى سبق عرضها حالا [(٦)].

وأما عن شرط الارتباط ،فهذا شرط ضرورى [(٧)] مقتضاه أن يكون الشخص الذى قام بالعمل مرتبطا بعقد مقاولة مع رب العمل نفسه وهو الذى يؤدى العمل فعلا لحسابه .وأن يكون هذا العقد مستوفيا كافة أركان انعقاده ،وشروط صحته ،بحيث إذا كان هذا العقد غير موجود أو غير صحيح ،أو كان الارتباط بغير عقد مقاولة ،كأن كان عقد بيع ،أو عقد عمل مثلا ،لم تقم المسئولية الخاصة - على فرض توافر باقى شروطها - وإن قامت المسئولية - عقدية أو تقصيرية - طبقا للأحكام العامة فيها .

وتطبيقا لذلك رفض القضاء الفرنسى تطبيق أحكام المسئولية الخاصة هذه على المقاول من الباطن [(٨)] أو بائع العقار [(٩)] سواء

---

(٦) انظر هامش ٤ السابق .

(٧) انظر بالإضافة إلى المراجع والأحكام المشار إليها فى كل من هامش ١ ، ٤ السابقين . نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٧ من مارس ١٩٧٥ بيلتان ١٩٧٥ - ٣ رقم ١٠٢ ص ٧٧ ،فى ١٩ من يناير ١٩٧٧ بلتان ١٩٧٧ - ٣ - رقم ٢٨ ص ٢٣ . G.F. ١٩٧٧-٢ - ص ٣٥٩ ، تعليق بييس ،مجلة القانون والمدينة Rev. D. et V. ١٩٧٨ رقم ٦ ص ٣٢٦ تعليق جروسليير .

(٨) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ٩ من مارس ١٩٦٤ بيلتان ١٩٦٤ - ١ - رقم ١٣٨ ص ١٠٤ ،ذات المحكمة (الدائرة ٣) فى ٨ من يونيو ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١ - ٣ رقم ٤٥٠ ،فى ٢٢ عن يناير ١٩٧٤ بيلتان ١٩٧٤ - ٣ رقم ٣٢ ص ٢٤ . مجلس الدولة الفرنسى فى ٢١ من إبريل ١٩٧١ مجموعة مجلس الدولة Rec leb. ص ٢٨٥ الوقائع القانونية للقانون الإدارى " A. J. D. A. " ١٩٧١ ص ٤٢٩ .

(٩) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ١١ من مارس ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١ - ١ - رقم ٩٢ ص ٧٤ ،ذات المحكمة (الدائرة ٣) فى ١١ من ديسمبر ١٩٧٣ . الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٧٥ ص ١٢٣ ،فى ١٩ من يناير ١٩٧٧ بيلتان ١٩٧٧ - ٣ رقم ٢٨ ص ٢٣ ، استئناف باريس فى ٢٣ من يناير ١٩٧٦ ج . ك . ب . ١٩٧٧ - ٤ ص ٩١ .

تحت التشييد أو بعد تمام إنجازه . وكذلك على الأشخاص المرتبطين بعقود مع كل من المهندس المعماري أو المقاول [١٠] مالم يكن هذان الأخيران ، وكلاء عن رب العمل - وكالة صريحة أو ضمنية - في التعاقد مع هؤلاء . كل هذا لعدم توافر شرط الارتباط بعقد مقاولة بين كل من هؤلاء ورب العمل .

---

(١٠) نقض فرنسي في ٢٤ من يونيو ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٦-١ - ٣٩٩ مشار إليه أيضا في بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٥٢ ص ١٩٦ ، هامش ١ ، وانظر أيضا استئناف مصر في ١٨ من مايو ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٣٩ - ٢١٢ - ٥٦٨ مشار إليه في كل من : شنب : السابق ص ١٢٣ هامش ٣ والسنهوري : السابق ، هامش ٤ ص ١٠٨ .

المطلب الرابع

المقاول من الباطن(1) ومسئولية المعماريين

أوضحنا فى المطلب الأول (2) والثانى (3) من هذا الفرع كيف أن المهندس المعمارى والمقاول هما المسئولان التقليديان اللذان عناهما المشرع - سواء المصرى أو الفرنسى - بأحكام هذه

---

1) المقاول من الباطن "sous-troitant ou sous- entrepreneur" هو من يعهد إليه المقاول الأصلى "entrepreneur principale ou général" بتنفيذ كل، أو جزء من، الصفقة التى أبرمها هذا الأخير مع رب العمل وذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن "S ous - traitance ou - sous - entreprise" وهو عقد يجب أن تتوافر له كافة خصائص عقد المقاولة التى سبق ذكرها (انظر فيما سبق من ص٨٥ : ٨٧) والتى من أهمها؛ استقلال المقاول من الباطن، فى تنفيذ ماعهد إليه به من الصفقه، عن المقاول الأصلى ،تماما كالمقاول الأصلى بالنسبة إلى رب العمل . (انظر المراجع المشار إليها هناك) .

وتختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن المقاولة ،حيث إنه فى هذه الحالة الأخيرة ينتقل عقد المقاولة بكافة حقوقه والتزاماته من المقاول الأول (المتنازل) إلى المقاول الثانى (المتنازل له)، وتنقطع صلة المقاول الأول برب العمل ،ويصبح الثانى هو المدين بجميع التزامات عقد المقاولة الأصلى أمام هذا الأخير، ولا يكون المقاول الأول مسئولا عنه أو ضامنا له لدى رب العمل ،على عكس الحال فى المقاولة من الباطن ،حيث يظل المقاول الأصلى مسئولا عن أخطاء المقاول من الباطن ،وضامنا له قبل رب العمل (السنهورى الوسيط . ج ٧ بند ١١٧ ص٢٠٦ : ٢٠٨) ريموند نيجر: رسالته السابقة بند ١٤ ص ٣٢ .

ولذلك فإن التنازل عن عقد المقاولة لايثير أية مشكلة بالنسبة لخضوع المقاول الثانى (المتنازل له) للمسئولية الخاصة بالمعماريين ،وذلك على عكس الحال بالنسبة للمقاولة من الباطن على الوجه الذى سوف نراه حالا.

(2) انظر، فيما سبق، من ص ٤١٢: ص ٤١٩.

(3) انظر، فيما سبق، ص ٤٢٠: ٤٢٦.

المسئولية الخاصة ،وأبنا أيضا فى المطلب السابق [٤] كيف أن القضاء - سواء المصرى أو الفرنسى أيضا - لم يقتصر فى تطبيق أحكامها على هذين المسئولين بصفتهما ،وإنما تبنى معيارا أكثر موضوعية ،وقضى بإخضاع كل من يباشر مهام هذين الشخصين لأحكام مسئوليتهما ،ولو افتقد الصفة ،أو أعوزه اللقب ،مادام من باشر العمل كان مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاولة .

متى كان أساس تطبيق أحكام هذه المسئولية هو ،إذن مباشرة مهام التشييد والبناء ،أى مباشرة مهمة كل من المهندس المعمارى والمقاول ،فإن التساؤل الذى يطرح نفسه هو : لماذا ،إذن ،لم يخضع المقاول من الباطن لأحكام هذه المسئولية ؟ أوليس بمقاول فعلا ؟ ! أوليس هو الذى ينفذ العمل أو جزءا منه تنفيذا فعليا ؟! أو لم يكن تنفيذ العمل هو من أخص مهام المقاول ؟! فلم إذن ،يخضع المقاول الأصلى لأحكام هذه المسئولية . فى حين يفلت منها المقاول من الباطن ؟! رغم أن الأول قد لا يباشر من التنفيذ شيئا ،بينما يضطلع به الثانى من ألفه إلى يائه كما يقال .

يجب التسليم أولا بأن هذه مسئولية خاصة ،أى تقررت بنص خاص، الأمر الذى يجعلها استثناء من القواعد العامة ،ومن المعلوم أن الاستثناء يتوقف فى تفسيره عند مورد النص ،فلا يتوسع فيه ولا يقاس عليه [٤م] وهذا ماجرى عليه، كل من الفقه والقضاء ،سواء فى مصر أو فى فرنسا . حيث قصرا نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية على المقاول الاصلى ، دون المقاول من الباطن.[٥]

---

(٤) راجع فيما سبق من ص٤٢٦ : ص ٤٣١ .

(٤م) - سان موريس . رسالته السابقة ص ٥٢ وما بعدها .

(٥) انظر من الفقه المصرى : مرسى :بند ٥٩٨ شمس: بند ١٠٥ عنبر: بند ١٦٢ (د)ص ١٩٦ ،بافوت : بند ١٨ ص ٤٠ وما بعدها شكرى سرور :بند ١٦٧ ص ١٩٣ . ومن الفقه الفرنسى : سان موريس رسالته السابقة . ص ٦٧ . بلانيول ريبير وراست ج ١١ بند ٩٥٢ص ١٩٦ ،٩٥٤ ص ١٩٨ ،ما لنشوجستاز: المقال السابق بند ٤٨ ،بويلى : المرجع السابق بند ٣٠٢ ص ١٩٠ مازو دروس : ج ٣ بند ١٣٧٩ -٣ ص ٨٣٢ وما بعدها - ليتمقو : ص ٢٧٢،٣٤٩،
G.FLecheux: "la protection de sous-traitant J.C.P.1273.1.2514,
"Le contrat de sous-traitance dans Les' marchés de travaux publics" J.C.P. 1974,1,2596

باعتبار أن هذا هو مقصود المشرع من تقرير هذه الحماية ولو أراد ، اخضاع المقاول من الباطن لها لصرح بذلك ،خصوصا وأنه يعلم بأنه انما يخط نصا استثنائيا يتخطى به ضوابط وحدود القواعد العامة . بل أن أمارة ذلك هى الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدنى مصرى (٦) ودلالته المادة ١٧٩٢ - بفقراتها الثلاث من القانون المدنى الفرنسى (٧) .

وحيث لم يكن الأمر (٨) تفسيريا ،كما رأينا ،بل انما هو رغبة قامت لدى المشرع ،فلا شك أن للمرء أن يتساءل عن الاعتبارات التى أقام عليها المشرع رغبته هذه ،وكون بناء عليها ارادته وهل هذه الاعتبارات مازالت قائمة ،رغم كل التغيرات التى حدثت فى مجال التشييد والبناء ،حتى أن المشرع الفرنسى لازال مصرا عليها ،فلم يتعرض لهذا الأمر - مع بالغ أهميته - بشىء من التغيير فى تدخله الأخير بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ - رغم ما أتى به هذا التدخل من توسع هائل فى النطاق الشخصى المدين بأحكام هذه المسئولية ،ربما كان لايستدعيه واقع الأمر، كما سيأتى بيانه فى الفرع الثانى من هذا المبحث (٩).

ولاشك أن البحث فى هذه الاعتبارات لايكون بالبحث فى النصوص بل بالبحث فيما وراء هذه النصوص ،من أعمال تحضيرية هيأت لها ومهدت سبيل اخراجها .

Fourgeaux (J.C) et . M ; " La protection de saus - ta- = itant dans les bâtiments " A.J.P.I - 1974 P. 489 .
Faurgoux (J.C) " Sous - traitanee , L' acceptation de saus - tr-aitant , L'agrémemt des conditions de paiement et leurs conséq-ences sur L'action directe " G . P . 1981 , 1. P . 109 .
ومن القضاء الفرنسى: cass.Req.18fèv.1944 D.A.1944 P.63, cass3° 12 déc.1968 B.N 345 P.419;8juill 1971 B.N.457;15oct.1974 D.1974 somm P.143 cass. com. 4 nov.1976 G.P.1977,1,244 N.PLanqueel; Dr.etville 1977,4 P.367 N. Groslière

(٦) م ٦٥١ -٤ مدنى مصر (ولاتسرى هذه المادة على ما قد يكون للمقاولة من حق الرجوع على المقاولين من الباطن .

(٧) انظر فيما سبق نص المادة بالصيغة الفرنسية ص٧٧ وهامش ٣ بها

(٨) أى أمر عدم إخضاع المقاولة من الباطن لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين .

(٩) انظر فيما بعد من ص ٤٥٠ : ص ٥٥٤ .

وبرجوعنا إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد، اتضح لنا أن المشرع إنما أراد، بتقريره هذا الضمان الاستثنائى المشدد، حماية رب العمل، ذلك الذى رأى فيه أنه عادة ما يكون رجلا غير فنى، وليس له خبرة بفن التشييد والبناء، وأنه عندما يرتاد هذا المجال، أى عندما يريد تشييد بناء، أو يقيم منشأ ثابتا آخر، فهو إنما يتعامل مع أهل فن وخبرة ودراية تامة بما هو جاهله، فأراد المشرع حمايته من تلاعب رجال الفن، ومن عدم إتقانهم لأعمالهم، أو عدم إخلاصهم فى انتقاء ما يوردونه له من مواد وأدوات تتطلبها إقامة العمل . وقد يكون دافعهم إلى كل ذلك، علمهم بجهله، ومعرفتهم بعدم درايته . ولو قدر المشرع غير ذلك من تساو أو حتى تقارب فى الفكرة والمعرفة بين رجال فن التشييد والبناء وبين رب العمل لما كان منه هذا التشدد فى حماية هذا الأخير، باستحداث مسئولية خاصة به تحميه، وترد عنه كيد المتعاملين معه إلى نحورهم، ولاكتفى بما فى القواعد العامة من حماية له، وصون لحقوقه (١٠).

أما فى القانون الفرنسى، فلا شك أن هذه الاعتبارات التى قامت لدى المشرع المصرى هى بعينها التى كانت قد قامت لدى المشرع الفرنسى، عند وضعه للمجموعة المدنية الأصلية سنة ١٨٠٤، وأيضا عند

---

(١٠) راجع تأكيد ذلك فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد ج ٥ ص ٢٣ . حيث جاء بها ما نصه " ثم استفسرت اللجنة (أى لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب) عما إذا كانت المسئولية الاستثنائية الواردة فى المادة ٦٧٩ من المشروع (المادة ٦٥١ من القانون) تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن فأجيبت بأن الفقرة الرابعة من المادة ذاتها صريحة فى أن هذه المسئولية الاستثنائية استحدثها المشرع إلى جانب المسئولية المقررة بالقواعد العامة لأن صاحب العمل لا يمكن اعتباره فى مستوى المهندس والمقاول من الناحية الفنية ..... ".

وانظر أيضا السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٠ هامش ٢ ص ١٠٢ بند ٦٣ ص ١١٢ . وانظر فى أن المقاول الأصلى مسئول عن أعمال المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل وبالتالى فلا داعى =

تعديله لأحكام هذه المسئولية فيها ١٩٦٧م. وحدت به إلى عدم إخضاع المقاولين من الباطن لأحكام هذه المسئولية ،وكتابات الفقهاء الفرنسيين متواترة فى تاكيد هذا الذى بينا (١١).

وبرجوعنا أيضا للأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الذى اعتبره الفقه الفرنسى ،كما قلنا مرارا ،إصلاحا شاملا لأحكام هذه المسئولية . اتضح لنا أنه عند عرض مشروع القانون المقدم من الحكومة على لجنة الشئون التشريعية بمجلس الشيوخ ،اقترح أحد أعضائها " M. Pillet " أن يكون المقاول من الباطن مسئولا بالتضامن مع المقاول الأصلى ،عن الالتزامات التى تفرضها على عاتق هذا الأخير المادة ١٧٩٢ مدنى ومابعدها (أى الضمان العشرى والثنائى وكذا ضمان الإنجاز التام) . وذلك منذ اللحظة التى يكون فيها رب العمل قد قبل المقاولة من الباطن ،وأقر شروط الدفع التى وضعها أطرافها ،طبقا لما تقضى به المادة الثالثة من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ الصادر فى ٣١ من ديسمبر ١٩٧٥ الخاص بتنظيم عقد المقاولة من الباطن (١٢).

= لتقرير أحكام هذه المسئولية الخاصة بين هذا الأخير والمقاول من الباطن أيضا ،ونقض مدنى مصرى فى ١٧ من إبريل ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية " عمر " قاعدة ١١٢ ص ٣٧) .

(١١) انظر على سبيل المثال : أوبرى ورو بواسطة إسمان: ط ٦ ١٩٥٢ ص ٤٠٦ وما بعدها وهامش ٢٠ ص ٤٠٧ ، سان موريس (رسالته سالفة الإشارة) ص ٩٧ ، پلانيول وريپير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٢،ص ١٩٥ . أ. دلفو (المرجع السابق) بند ٤٣٦ ص ٦٦٤ وما بعدها إيفون هانيكارت : " قانون البناء : Droit de la construction ١٩٧٤ بند ١٥٣ ٩٨ .

(١٢) الجريدة الرسمية ٣ من يناير ١٩٧٦ ص ١٤٥ ،وانظر اقتراح M. PILLET: " ... le sous - traitant occepté par le maître de l'ouvrage , dans les conditions visées à l'article 3 de la loi n° 75, 1334 du 31 déc 1975, soit salidairement responsable des obligations mise à la charge du locateur douvrage par les art . 1792 et S. "J.o.déb . Ass. N.20 dec 1977 p. 8980.

وانظر أيضا المادة الثالثة من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ٧٥ فى ٣١ من ديسمبر ١٩٧٥ . Art.3 de la lai 75-1334 du 31 dec 1975,,
" f'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en = recourant à un ou plusieurs sous-Traitants doit au moment de

وخرج مشروع القانون من مجلس الشيوخ يحمل هذا الاقتراح إلى الجمعية الوطنية (مجلس النواب) حيث اعترض بعض نوابها عليه وتم التصويت على حذفه من المشروع . بناء على اعتبارات مالية معينة وحجج قانونية (١٣).

فأما عن الاعتبارات المالية والفنية ،فهى أن المقاول من الباطن ،أو الشركات التى تقوم بالمقاولة من الباطن ،غالبا ما تكون امكانياتها التمويلية والفنية ضعيفة ،وليس لديها الكفاءة المطلوبة، لا من الناحية المالية ،ولا من الناحية الفنية، كى تكون مسئولة عن العمل المطلوب تشييده فى مجموعه ،والقول بخضوعها للمسئولية المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢ ومابعدها ،سوف يعرضها للانهيار والإفلاس ،ولا أدل على ذلك مما قيل فى الجمعية الوطنية من أن :

" Les capacités financieres , et même techniques , de ces artisants des petites et moyennes entreprises sont trés limitées , Une disposition les rendant responsables de l'ensemble de l'ouvrage parâit tout à fait excessive"

= "La conclusion et pendant Toute la durée du contrat ou du marché faire accepter chaque Traitant et agreer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-Traitance par le maître de L'auvrage ..."

(١٣) راجع فى بيان ذلك بتوسع أكثر : روسيل : المرجع السابق E 2 ،بيجو : المرجع السابق ص ٤٢ ومابعدها .

(١٤) انظر بالإضافة إلى المرجعين السابقين . الجريدة الرسمية لمناقشات الجمعية الوطنية الفرنسية J.O.Déb . A N . ٢٠ من ديسمبر ١٩٧٧ ص ٨٩٨٠ ،كاستو : المرجع السابق بند ٣٩١ ص ١٨٣ ومابعدها .

أما عن الأسانيد والحجج القانونية، فمؤداها أمران :

أولهما : أن المسئولية الخاصة بالمعماريين، تتطلب لتطبيق أحكامها وجود عقد مقاولة ،يربط بين رب العمل من جهة، والمقاول من جهة أخرى ،وهذا العقد غير موجود بين رب العمل والمقاول من الباطن . وإنما الموجود هو عقد مقاولة يربط بين رب العمل والمقاول الأصلى ،وآخر يربط بين هذا الأخير والمقاول من الباطن، والعقدان وإن تداخلا موضوعا إلا أنهما افترقا أشخاصا. وإعمالا لمبدأ نسبية أثر العقد ،فلا يجوز إخضاع المقاول من الباطن لمسئولية المعماريين ،دون أن يربطه برب العمل عقد مقاولة (١٥).

ثانيهما : أن القول بإخضاع المقاول من الباطن لمسئولية المعماريين ،فيه مخالفة لأحكام القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ سالف الذكر ،الصادر بقصد حماية المقاولين من الباطن من إفلاس أو تصفية أعمال المقاول الأصلى ،والذى جعل هذا الأخير مسئولا عن المقاول من الباطن فى مواجهة رب العمل (١٦).

هذه هى الدوافع والاعتبارات العملية ،وكذلك الأسانيد القانونية ،التى حدت بالمشرع المصرى، وكذا المشرع الفرنسى، قديمه وحديثه، إلى استبعاد المقاول من الباطن من النطاق الشخصى المدين بأحكام هذه المسئولية الخاصة بالمعماريين ،فى حين ضمن هذا النطاق أشخاصا يعتبرون - فى حقيقة الأمر - أبعد بكثير من المقاولة من الباطن ،بالنسبة لأعمال التشييد والبناء ،وذووا صفة ثانوية فى هذا الميدان ، كما سيأتى بيانه فى الفرع الثانى من هذا المبحث(١٧)

(١٥) كاستون: الهامش السابق ،مازو : مطول المسئولية ج ٢ بند ١٠٧٠ - ٦ص ٧٦ .
قدروس : ج ٣ بند ١٣٧٩ - ٣ ص٨٣٤ . نقض فرنسى تجارى فى ٦ من نوفمبر ١٩٧٨ . دالوز ١٩٧٩ إخطارات سريعة ،ص ٢٤٥ ،فى ٢٠ من نوفمبر ١٩٧٩ جازيت دى باليه ١٨ مارس ١٩٨٠ بانوراما.

(١٦) وذلك طبقا لما قال به بعض النواب بالجمعية الوطنية انظر المراجع المشار إليها بهامش ١٣ ، ١٤ أعلاه .

(١٧) انظر، فيما بعد، من ص ٤٥٠ : ص ٥٥٤ .

مناقشة هذه الحجج والاعتبارات

بعد أن عرضنا الأسانيد القانونية، والدوافع والاعتبارات العملية، التى قامت لدى المشرعين المصرى والفرنسى، فأدت بهما إلى إقصاء المقاول من الباطن عن مجال تطبيق أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين. نرى لزاما علينا أن نعرض بالمناقشة والتحليل لكل منها، حتى نتبين وجه الصواب فى هذا الموضوع، على أن نبدأ بالأسانيد والحجج القانونية، ثم نعقبها بالدوافع والاعتبارات العملية.

أولا) مناقشة الأسانيد والحجج القانونية

١) **الحجة الأولى** : وهى تتخلص فى عدم وجود رابطة عقدية، لعدم وجود عقد مقاولة، بين كل من رب العمل والمقاول من الباطن، تسمح بالقول بإخضاع هذا الأخير لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين[(١٨)]

أ) إن الطبيعة القانونية لهذه المسئولية ـ والتى تستند إليها هذه الحجة ـ محل جدل فقهى وقضائى كبير، ليس هنا مجال الخوض فيه، ولكن للزوم الحال نقول : بأن هناك من يقول بأنها من طبيعة عقدية [(١٩)] وهناك من يقيمها على أساس تقصيرى [(٢٠)].

---

(١٨) انظر على سبيل المثال المراجع والأحكام المشار إليها فى هامش ١٥ فى الصفحة السابقة.

(١٩) انظر فى ذلك : شنب : المرجع السابق : بند ١١٩ ص ١٤٣، وقرب منه، أيضا، العطار : المرجع السابق بند ٥٢ ص ١٣٣. وانظر كذلك بودرى وفال: ج٢ بند ٣٩٤٣،٣٩٤٢، أوبرى ورو وإسمان ج٥ بند ٣٧٤ هامش ٨ مازو وتنك : مطول المسئولية المدنية ج١ بند ١٤٨ هامش (٣) هنرى مازو: (مقاله السابق ص ٦١٢ فقرة ٥٣ . بيتر المرجع السابق ص٧ مازو : مطول المسئولية ج٢ ١٩٧٠ بند ١٩٧٠ - ٦ ص ٧٦ وانظر من القضاء الفرنسى
Cass, civ . 1er ch. 24 nov . 1955. J.c.P. 1954 , 11, 8625 et n. Roudière, 9 oct . 1962 , D. 1963 , P. 1 n. liet . Veaux, 24 oct 1967 J.e.P. 68,11,15360 N. Lindon , R.T.D.c.1968 P. 363, P. 389 N. Cornu.

(٢٠) وقد كان هذا هو رأى غالب القضاء الفرنسى حيث يرى أن=

بينما يؤسسها فريق ثالث، على أساس مزدوج من العقد والقانون [٢١] في حين أن فريقا رابعا يجعل منها محض مسئولية استثنائية منشؤها القانون، وهو مصدرها المباشر [٢٢].

وعلى ذلك فالرابطة العقدية التي تقوم عليها هذه الحجة ليست بذات بال عند من يقول بالأساس التقصيري، أو القانوني المحض لهذه المسئولية .

ب) خرج المشرع الفرنسي بنفسه عن هذه الحجة، فيما يتعلق بضرورة تطلبها كعقد مقاولة، يربط بين رب العمل والمقاول من الباطن، وقرر هذه المسئولية بنصوص خاصة، دون تطلب وجود عقد مقاولة، وذلك كما في حالة بيع عقار تحت التشييد (م ١٦٤٦ - ١ - مدني) [٢٣] . وحالة بيع عقار تام الإنجاز (م ١٧٩٢ - ١ / ٢) [٢٤]

= التسلم يغطي كل العيوب التي تظهر في البناء .

انظر : السنهوري : الوسيط ج ٧ بند ٧١ ص ١٣٢ وما بعدها وهامش ١ ص ١٣٣ والأحكام القضائية المذكورة فيه . وأيضا الأحكام القضائية التي أوردها جابر الدوري في رسالته، سالفة الذكر، هامش ٢ ص ٥٣ .

(٢١) محمد كامل مرسي : المرجع السابق بند ٥٩٤ ص ٤٩٦ ، السنهوري : الوسيط ج ٧ بند ٧١ ص ١٣٢ وما بعدها ، شكري سرور: المرجع السابق . بند ٢٥٨ ص ٢٨٣ . فلام ولوباف : عقد المقاولة بروكسل ١٩٦٦ بند ٦٠٣ : ٦٠٥ . ص ٣٣٧ ومابعدها . نقض مدني مصري ٥ من يناير ١٩٣٩ مجموعة عمر ج ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢ ، ٩ من يونيو ١٩٥٥مج أحكام النقض س ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ مشار إليها في السنهوري الموضع السابق هامش ٤ ، نقض مدني فرنسي (الدائرة الأولى) في ٥ من إبريل ١٩٦٥ ج . ك . ب . ١٩٦٥ - ٢ - ١٤٢٦١ .

(٢٢) بلانيول وريبير ورواست ج ١١ . بند ٩٤٧ ص ١٩٧، جابر الدوري ، رسالته السابقة ص ٥٥ وما بعدها ، عنبر : المرجع السابق بند ١٤٩ ص ١٧٤ .

(٢٣) انظر من ص ٤٦٠ : ص٤٦٢ ، فيما بعد .

(٢٤) انظر من ص٤٨٢ : ص٤٨٩ ، فيما بعد .

وكذلك فى حالة عقد الوكالة (م ١٧٩٢ - ٣/١) [٢٥] وأيضا حالة عقد التمويل العقارى (م ١٨٣١ - ١ مدنى) [٢٦] وأخيرا عقد معمارى المساكن الخاصة أو الفيلات . (م ٤٥ - ١ من قانون رقم ٥٧٩ لسنة ٧١ المعدل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ٧٢) [٢٧].

جـ) بل إن المشرع الفرنسى، أيضا، لم يتطلب أحيانا أية رابطة عقدية تربط بين رب العمل ومن يخضعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة مثال ذلك نص المادة ١٧٩٢ - ٤ مدنى ،التى أخضع بها لأحكامها متضامنا - بشروط خاصة - الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزى فيه ،وكذلك المستورد والموزع لكل هذا، أو حتى لبعض منه [٢٨] فاين العقد الذى يربط بين رب العمل وأى من هؤلاء فى هذه الحالة .

وهكذا يسلب المشرع الفرنسى بنفسه من هذه الحجة قيمتها، ويهدر أهميتها، بكثرة ما استثناه منها ،وأخرجه من عموم حكمها بنصوص خاصة ،حتى كاد أن يأتى عليها ويذرها وعاء خالى المضمون.

فإذا كان المشرع الفرنسى فى تدخله الأخير، بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ،قد أخضع كل هؤلاء لأحكام هذه المسئولية ،فما كان أجدره أن يخضع لها - وبنص خاص أيضا - المقاول من الباطن وما أحوج الصالح العام والخاص لمثل هذا الإخضاع !

د - وصوف لايعتبر هذا غريبا، لان كلا من المشرع المصرى والفرنسى قد تدخل قبل ذلك تشريعيا، وبنص خاص ،فأوجد بذلك صلة قانونية

---

(٢٥) انظر من ص ٤٨٩ : ص ٤٩٨، فيما بعد .

(٢٦) انظر من ص ٥٣٨ : ص ٥٥٠ ، فيما بعد .

(٢٧) انظر من ص ٥٥٠ : ص ٥٥٤، فيما بعد .

(٢٨) انظر من ص٤٩٨ : ص٥٣٧ ،فيما بعد .

بين كل من رب العمل والمقاول من الباطن ،وذلك عندما أعطى لهذا الأخير - بشروط خاصة ،أهمها قبول رب العمل للمقاول من الباطن وموافقته على شروط الدفع الخاصة بالمقاولة من الباطن التى وضعها أطرافها - حق رفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل يقتضى بها أجر المقاولة من الباطن ،أوالقدر المتبقى منه (٢٩) وذلك حماية لمصلحة المقاول من الباطن ،وتحصينا له من إفلاس المقاول الأصلى وتصفية أمواله . أفليس رب العمل والصالح العام بحاجة إلى الحماية أيضا .

٢) الحجة الثانية : والتى مؤداها أن فى إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسئولية الخاصة مخالفة للقانون رقم ٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ الذى صدر بقصد فرض حماية قانونية لهذا الشخص ،وجعل المقاول الأصلى مسئولا عن أعماله قبل رب العمل .

ومن ناحيتنا؛فإننا لانرى تعارضا فى ذلك ؛ ذلك أن هذا القانون الأخير؛ وإن كان قد قرر حماية المقاول من الباطن؛ ضد عدم دفع المقاول الأصلى له أجر المقاولة من الباطن؛ لأى سبب من الأسباب؛ إلا أنه لم يقرر صراحة عدم خضوعه لأحكام هذه المسئولية ،وحتى لو قرر ذلك ،صراحة أو ضمنا ،فالأمر مرده أولا وأخيرا فى يد المشرع؛ يستطيع أن يلغى اليوم؛ ما قرره بالأمس ،متى توافرت لديه دواعى

---

(٢٩) انظر المادة ٦٦٢ بفقراتها الثلاث من القانون المدنى المصرى ،والمادة ١٢ من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ٧٥ فى ٣١ من ديسمبر ١٩٧٥ سالف الذكر الخاص بتنظيم المقاولات من الباطن فى فرنسا .
وانظر،أيضا،جانبا من الفقه الفرنسى يرى أن المشرع الفرنسى أوجد بذلك رابطة قانونية بين رب العمل والمقاول من الباطن وهى وإن لم تكن عقدا ثالثا بينهما إلا أنها تكفى على الأقل للمقاول بأن يكون هذا الأخير مسئولا بالتضامن مع المقاول الأصلى عن الالتزامات التى تفعها المواد ١٧٩٢ وما بعدها على عاتق هذا الأخير فى مواجهة رب العمل .

انظر من هذا الفقه على سبيل المثال : بيجو : المرجع السابق ص ٤٣ ،روسيل : المرجع السابق ٤٤؛ نيريه (ج.) J.NERET

ذلك وأسبابــــــــه .(٣٠)

ثانيا) مناقشة الدواعي والاعتبارات العملية

١) الحجة الأولى : التي تخلص في أن المشرع إنمـــا أراد بتقرير هذه المسئولية حماية رب العمل ،ذلك الرجل الغريب عــن مجال التشييد والبناء ،من تلاعب رجال الفن ،وعدم صدقهم وإخلاصهم وهم المتمرسون في هذا المجال،الخبراء بدروبه وخباياه ،وهــذا منطق كان محل اعتبار المشرعين المصري والفرنسي (٣١).

لكن التساؤل الذي يثور هو ،هل أراد المشرع حقيقة حماية رب العمل فقط ،دون الصالح العام في المجتمع ؟ !! وبعبـــارة أخرى ،هل أهدر المشرع المصلحة العامة - وهي المقدمة دائما على المصلحة الخاصة - في سبيل حماية المصلحة الخاصة ؟ !! واذا كان الأمر كذلك ،فلم ناط المشرع أحكام هذه المسئولية بالنظام العام، وجعل البطلان جزاء كل شرط ،يلغيها،أو يحد من نطاق سريانها ؟ !

ليس ثمة شك في أن المشرع أراد فعلا حماية صالح رب العمل، بتقريره هذه المسئولية الخاصة للمعماريين ،ولكن ليس معنى هذا أنه أهدر بجانب ذلك المصلحة العامة،وأهملها،بل هو في الحقيقة تغيا المصلحتين معا ،عامة وخاصة ،بدليل أنه جعل تعلق هــذه المسئولية بالنظام العام،من أهم خصائصها ،وقيد حرية الأفراد في تعطيل أحكامها أو الحد منها (٣٢)

= " التعاقد من الباطن " رسالة باريس ١٩٧٧ ص ٣٨٥ ومــا بعدها بعدها . ي تافو R.TAFFO " العلاقات بين المقاول من الباطن والمقاول الاصلي ورب العمل في القانون الفرنسي الداخلي والعلاقات الدولية " رسالة باريس ١٩٨١ ص ٢١٠ .

(٣٠) روسيل : الهامش السابق .

(٣١) انظر الفقه والقضاء المشار إليهما في هامش ٥ ص ٤٣٣ وهامش ١٠ ص ٤٣٥ فيما سبق .

(٣٢) انظر في ذلك المادة ٦٥٣ مدني مصري وأيضا المـــادة ١٧٩٢ - ٥ مدني فرنسي .

وانظر أيضا : السنهوري : الوسيط ج ٧ بند ٦٠ ص ١٠٦ وهامش ٢ بها،وفتحي غيث : " قانون المهندس " ط ١٩٦٠ ص ٥٤ ، بوبلـــي: المرجع السابق،بند ٣٥٧ وما بعده ،ص ٢٢٦ وما بعدها ،بلانيـــول وريبير وبواست : ج ١١ بند ٩٥٧ ص ٢٠١ وما بعدها .

٢) الحجة الثانية : وهى تستند إلى فكرة ، الضعف الفنى والمالى للمقاولين من الباطن أو شركات المقاولات من الباطن ولذلك وجب حمايتهم من جانب المشرع ،حتى لاينهار وهذا النوع من النشاط ،باخضاعه للمسئولية الخاصة بالمعماريين (٣٣).

ولكن هل الواقع يؤيد هذا الذى يقال ؟ إ الحقيقة أن الواقع لايؤيده ،حيث إننا لم نجد مجالى عمل مستقلين ،لكل من المقاولات الرئيسية أو الأصلية والمقاولات من الباطن ،فالأمر جد مختلط ،وإن ، الأساس فى التقاول من الباطن ،ليس فى الفقر أو الغنى المالى أو القوة والضعف الفنى ،وانما فى نوع التخصص ،ومدى قدرة المقاول المتعاقد مع رب العمل (الأصلى) على القيام به ،أو أن يعهد به إلى شركة متخصصة ،تكون أكثر منه فى القدرة الفنية ،وأكفأ منه فى الطاقة التمويلية . فالغالب أن المقاول الأصلى ، انما يعهد إلى المقاول من الباطن ،بالأجزاء من العمل ،التى لاطاقة له بها فنيا وماديا ،كاعمال الحفر ودق الأساسات والتركيبات الفنية الكبرى التى يطلبها البناء ، الى غير ذلك من الاعمال الهامة والاساسية، التى لايستطيع أن يقوم بها إلا شركات على مستوى عال من الكفاءة الفنية والمالية . ثم ان التهاون أو عدم اتقان هذه الأعمال التى يعهد بها إلى شركات المقاولة من الباطن ،هو غالبا من يكون سبب كل الحوادث والانهيارات والكوارث ،التى تحدث فى الابنية والمنشآت الثابتة الأخرى .

وهكذا ،فإن الواقع العملى ليؤكد دائما أن الأعمال التى ينفذها المقاولون من الباطن ،لهى أكثر أهمية بكثير من تلك التى ينفذها المقاولون الأصليون ،ونسوق تدليلا على ذلك - مثالا من الواقع العملى بفرنسا . يخلص فى أن أكبر مركز ثقافى موجود فى باريس ،وهو المسمى " بمركز جورج بمبيدو "centre Géorges Pompidou" من قام بتنفيذ أعمال التركيبات المعدنية واعمال التكييف المركزى

---

(٣٣) روسيل : المرجع السابق : 2 E ؛ ،بيجو : المرجع السابق ص ٤٢ ، ٤٣ .

بيه ،هما شركتان تقاولتا على تنفيذ كل هذه الأعمال من الباطن، علما بأن هذا الذى قامتا به : لأكثر أهمية - كما وكيفا - بكثير جدا ،مما قام به المقاول الأصلى فى العملية ،[٣٤] والأمر عندنا فى مصر إن لم يزد عن هذا المثال، فليس بأقل منه .

وعلى ذلك ،فإن الاستدلال بهذا الاعتبار العملى ليهدمه الواقع، وما يجرى به العمل، على كل من الساحتين المصرية، والفرنسية، ولاشك أن الواقع خير شاهد، وأعظم دليل .ويبدو أن السادة أعضاء الجمعية العمومية فى فرنسا قد وقعوا - فى الحقيقة - فى شئ من الخلط، بين الأعمال الثانوية فى البناء، والتقاول من الباطن ،وربطوا، على خلاف الواقع، بين هذه وتلك [٣٥] .

نتيجة المناقشة :

بعد أن ناقشنا الحجج القانونية، والدوافع والاعتبارات العملية ، التى حدت بالمشرعين، المصرى والفرنسى ،إلى إقصاء المقاول من الباطن، عن نطاق تطبيق أحكام مسئولية المعماريين، وانتهينا الى أنها لا تستند إلى سبب صحيح من القانون ولا يؤيدها الواقع العملى الملموس .

لذا فإننا نرى إخضاع المقاول من الباطن، متضامنا مع

---

(٣٤) انظر فى ذلك : ل بريدو L. BRIDEAU " دور الخبير فى نطاق مسئولية المعماريين : le rôle de l'expert dans le cadre de la responsabilité des constructeurs " منشور فى الوقائع القانونية للملكية العقارية . عدد سبتمبر ١٩٧٩ . بيجو : المرجع السابق . ص ٤٣ .
وانظر عكس ذلك : كاستون : المرجع السابق بند ٣٩٣ ص ١٨٤ .

(٣٥) بيجو : الهامش السابق .

المقاول الأصلي، لأحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ،أو المعماريين على ما ذاع استعماله الآن في فرنسا . مثله في ذلك مثل الصانع الذى أخضعه المشرع الفرنسي لأحكام هذه المسئولية بمقتضى المادة ١٧٩٢ - ٤ المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ . كما سيأتي بيانه فيما بعد (٣٦) والسبيل إلى ذلك هو تدخل المشرع المصري ليقرر هذا الإخضاع بنص صريح . تماما كما قرر هذه المسئولية من الأصل بنص صريح أيضا هو نص المادة ٦٥١مدني مصري وأسباب هذا الاقتراح ودواعيه كثيرة منها :

١) تأكيد تحقق حماية رب العمل ،التى كانت هدفا للمشرع الحقيقى والأصيل من تقرير هذه المسئولية ،وذلك بإيجاد مسئول آخر - ليس احتياطيا وإنما أساسيا أيضا - إلى جانب المسئول الأول وهو المقاول الأصلي ،فتتأكد بذلك الحماية وتتحقق المصلحة بصورة أسهل وأيسر .

٢) تحقيق المصلحة العامة وحماية الصالح العام ،خصوصا إذا، علمنا أن معظم أعمال التشييد والبناء ،بل والقطاعات الهامة والحساسة فيها ،تتم عن طريق التقاول من الباطن (٣٧) ،وذلك حثا لهذا النوع من النشاط ،على بذل أقصى طاقاته ،وإعطاء كل ماعنده من قدرات فنية ،وخبرات متمرسة ،فى مجال التشييد والبناء ،حتى ينجز العمل على أحسن وجه وفى أتم صورة ،وبذلك نحفظ على المجتمع أمنه وسلامته ،ونصون له جهده واقتصاده . ونحافظ له على جزء هام من رأسماله العقارى محميا ومصونا ،لايهدده الدمارولاتقوضه عيوب الصنعة ،ولا شوائب المادة (٣٨).

---

(٣٦) انظر من ص ٤٩٨ : ص ٥٣٧،فيما بعد .

(٣٧) نيجر : الهامش السابق ص ٤٣ .

(٣٨) فتحى غيث : قانون المهندس " ط ١٩٦٠ ص ٥٤ .

٣) محاصرة محاولات الغش فى العمل، والغش فى المواد المستعملة فى البناء، بهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الكسب الغير مشروع، خصوصا إذا علم المقاول من الباطن أن مسئوليته تنتهى بمجرد تسلم الأعمال، التى عهد بها إليه، مقبولة من المقاول الأصلى وأن هذا الأخير هو الذى سيكون مسئولا عنها أمام رب العمل. وحتى لو أراد الرجوع عليه فلن يستطيع الا طبقا للقواعد العامة، مالم يوجد فى عقد المقاولة من الباطن شرط يقضى بغير ذلك[٣٩]، وفى هذا ما فيه من إرهاق للمقاول الأصلى، وتضييع لحقوقه، كما سيأتى بيانه فى موضعه [٤٠].

٤) وفى نطاق القانون الفرنسى، وبعد أن أصبح الصانع مسئولا بالتضامن مع المقاول الذى قام بالتركيب - بشروط خاصة سيأتى بيانها فى حينه [٤١] - عن الالتزامات التى تضعها على عاتق هذا الأخير المواد ١٧٩٢، ١٧٩٢ - ٢، ١٩٧٢ - ٣ مدنى وذلك بمقتضى المادة ١٧٩٢ - ٤ - كما سبق القول - فان القول بعدم خضوع المقاول من الباطن لأحكام هذه المسئولية، سوف يفتح الباب واسعا أمام الصانع للإفلات من مسئوليته التضامنية التى فرضها القانون، وذلك بالعمل على أن يقوم بتركيب مايورده الصانع، مقاول من الباطن - وليس المقاول الأصلى - لايخضع لأحكام مسئولية المعماريين، فيفلت تبعا

---

(٣٩) جيلوار : الإيجار ج ٢ بند ٨٦٢ . بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٥٤ ص ١٩٨.
السنهورى : الوسيط، ج ٧، ص ١١٢ آخر هامش ٢ بها وبند ١٢٣ ص ٢٢٠ وهامش ١ بها .
وانظر أيضا : عرائض فى ١٢ من فبراير ١٨٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ ص ٥٠٢، فى ٣ من أغسطس ١٨٦٨. سيرى ١٨٦٨ - ١ - ٤٤٧ .

(٤٠) انظر أيضا فيما بعد، من ص ٥٢٤ : ص ٥٢٧.

(٤١) انظر فيما يأتى، من ص ٥١١ : ص ٥٣٢.

لذلك - الصانع من أحكامها أيضا (٤٢).

وإنه لمن نافلة القول ،أن نقرر فى هذا المقام أن هناك اتجاها ملحوظا فى الفقه الفرنسى ،يرى اخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين (٤٣) متضمنا فى ذلك مع المقاول الأصلى ،فى مواجهة رب العمل (٤٤) تماما كما فعل المشرع بالنسبة للصانع ومن فى حكمه (م ١٧٩٢ - ٤) وذلك للأسباب والدواعى التى سبق بيانها حالا .

ومن الجدير بالذكر أيضا أن اخضاع المقاول من الباطن لأحكام هذه المسئولية ،أمام رب العمل ،شأنه فى ذلك شأن المقاول الأصلى تماما ،هو الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء البلجيكى (٤٥)

---

(٤٢) مالنفو وجستاز : المقاول السابق . بند ٦٠ ،روسيل : المرجع السابق 3 E ê بيجو : المرجع السابق ص ٤٣ وانظر فيما بعد من ص ٤٧٣ : ٤٨٦ .

(٤٣) بودرى وقال : ج ٢ بند ٣٩١٨ ،ريموند نيجر : رسالته السابقة بند ١٤ ص ٣٣ .

(٤٤) مالنفو وجستاز : المقال السابق بند ٦٠ ،روسيل المرجع السابق 3 E ê . بيجو : المرجع السابق ص ٤٢ - ٤٣ ،ر . تافو : رسالته السابقة . ص ٢١٠ : ص ٢٢٠ . بنود من ١٤٣ : ١٤٩ .

(٤٥) G. Bricmont " la responsabilité des architectes et entrepreneurs en dr. belge et dr.français" éd. 1965 N° 87 p. 94 et S. A. Delvaux: "Traité juridique des Batisseurs" 2 éd. 1968 N° 436 p. 665, Frémy ligenville et perriquet t.1 er N° 141

(أشار إليه ،أيضا ،دلقو :بالموضع السابق) :

Yron HANNEQUART,

Le droit de la construction " Bruxelles 1974 N° 153 P. 98, Simons DAVIDCONSTANT : La Responsalulité des architectes et entrepreneurs dans Jurisprudence française et belge " Mélanges VOIRIN p. 163 et spécialement P. 170 , Pand . Belges V.

=

وهو ما أكدته محكمة النقض البلجيكية ،فى حكم حديث لها ،حيث قررت فيه أن المقاول من الباطن هو مقاول فعلى وحقيقى بالنسبة لما نفذه من الأعمال ،وأنه يخضع لذلك للمسئولية العشرية وأن هذا أمر تتطلبه المصلحة العامة ،التى تتمثل فى أمن وسلامة المجتمع والمواطنين ،كما أن عبارات المادة ١٧٩٢ مدنى لاترفض هذا التفسير (٤٦) .

---

entrepreneur d'ouvrage N° 375, comm. Bruxe., 7 déc . 1921 = jur . com . Brux. 1922, P. 43, comm liège 19 nov. 1930 jur.liège 28 jam 1931 N° 4 P. 30.

(٤٦) نقض بلجيكى فى ٥ من مايو ١٩٦٧ باسيكريس بلجيك ١٩٦٧ - ١ - ١٠٤٦ وأيضا جورنال المحاكم ١٩٦٧ ص ٥٩١ .

الفرع الثانى

التطور التشريعى للنطاق الشخصى المدين بأحكام هذه المسئولية فى القانون الفرنسى

لقد حدث هذا التطور التشريعى مرتين متتاليتين ،تفصل بينهما فترة ليست بالبعيدة ،فلقد تم التدخل التشريعى الأول، بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧،والصادر فى ٣ يناير ١٩٦٧ . ثم فى ٤ يناير ١٩٧٨ حدث تدخل للمرة الثانية ،بمقتضى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨،والصادر فى ٤ يناير ١٩٧٨ .

ولا شك أنه فى كل مرة من هاتين المرتين،يستجيب المشرع لتطورات المجتمع،ومتطلبات الحياة ،فيوسع من النطاق الشخصى لقواعد هذه المسئولية الخاصة،توسعا يقتضيه الواقع،ويستوجبه تلاحق تطور فن التشييد والبناء . مع تنوع سبله وتباين وسائله .

وعلى ذلك،فإننا نرى معالجة هذا التطور التشريعى،فى مطلبين مستقلين:نخصص الأول لتعديل ٣ يناير ١٩٦٧،بينما نجعل الثانى لقانون ٤ يناير ١٩٧٨،ثم فى مطلب ثالث وأخير نبحث مدى حاجتنا فى مصر إلى مثل هذا التدخل التشريعى ،ليوسع من النطاق الشخصى لقواعد هذه المسئولية الخاصة ،توسعا يتلاءم مع واقعنا الذى نعايشه بكل ما جد فيه من متغيرات فى مجال التشييد والبناء، وبذلك نحصر خطة بحث هذا الفرع فى مطالب ثلاث :

المطلب الأول : الأشخاص المسئولون فى ظل أحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ .

المطلب الثانى : الأشخاص المسئولون فى ظل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ .

المطلب الثالث : تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسي،ثم بيان مدى حاجتنا في مصر،لمثل هذا التدخل التشريعي .

المطلب الأول

الأشخاص المسئولون في ظل أحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧

استمر القضاء الفرنسي في العمل،يطبق أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول - كما سبق أن بينا - على كل من يتدخل في عملية التشييد والبناء ،ويكون مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاولة،تطبيقا للشرطين الذين وضعهما ،وهما - كما أسلفنا - شرطي الارتباط والمباشرة

ولا شك أنه في هذه الأثناء ،ومن خلال هذه المعالجة القضائية كانت تعلو صيحات تطالب بالإصلاح،وترتفع أصوات تنادي بتعديل النصوص أو تغييرها (١) حتى يلاحق ركب القانون بذلك سفينة الحياة، فيعود بذلك انسجام طالما افتقد ،ويعم وئام،لتشدّ مارنا إليه البصر ،واشرأبت إليه الأعناق .

نتيجة ذلك كله كان تدخل المشرع الفرنسي في عام ١٩٦٧ معدلا نص المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدني وذلك بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ في ٣ يناير ١٩٦٧ ليصير على الوجه الآتي :

---

(١) بيتر PETER (المرجع السابق) ص ٤ وما بعدها .

م ١٧٩٢ : " إذا تلف [٢] البناء فى مجموعه أو فى جزء منه ،بسبب عيب فى التشييد،أو فى الأرض ذاتها ،فإن المهندسين المعماريين والمقاولين ،وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل ،بعقد إجارة عمل (عقد مقاولة) يكونون مسئولين عن هذا التلف خلال عشر سنوات [٣].

م ٢٢٧٠ : " المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل (عقد مقاولة) يكونون متحللين من ضمان الأعمال التى أقاموها ،أو أداروها بعد

---

(٢) آثرنا استعمال لفظ " تلف " بدلا من " تهدم " الذى اضطرد الفقه على استعماله ، وذلك لدقة دلالته - فى رأينا - على قصد المشرع الفرنسى من استعماله للفعل " Périr . " على وجه الخصوص فى هذا المقام ،بدلا من الفعل " Demolir " وتمشيه مع هدفه الذى يرمى إلى التوسع فى نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية .

هذا ولقد وجدنا أن الشيخ رفاعه رافع الطهطاوى قد استعمل نفس هذا اللفظ الذى آثرناه " تلف " فى ترجمته للقانون المدنى الفرنسى - فى صياغته الأصلية - ط ١٢٨٣ هجرية ص ٩٤ (رفاعه بك ناظر قلم الترجمة - آنذاك - وعبد الله بك رئيس القلم) .

(٣) Art. 1792 (L.3 Janv. 1967) " Si l'édifice périt en Tout ou en partie par le vice de la construction , même par le vice du sol , les architectes , entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l' ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage en sont responsables pendant dix ans .

عشر سنوات بالنسبة للأعمال الكبيرة ،وبعد سنتين بالنسبة للأعمال الصغيرة "(٤).

كما أضاف المشرع ،أيضا،بذات القانون المذكور إلى المجموعة المدنية نصا جديدا،هو نص المادة ١/١٦٤٦ الذى يجرى على الوجه الآتى : " بائع العقار تحت التشييد،يكون ضامنا خلال عشر سنوات، اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال ،للعيوب الخفية التى يكون المهندسون المعماريون،والمقاولون،وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل (عقد مقاولة) مسئولين عنها طبقا لأحكام المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من التقنين الحالى ".

" البائع يكون ملتزما بضمان الأعمال الصغيرة خلال سنتين من تاريخ التسلم ، هذه الضمانات يستفيد منها الملاك المتتابعون للعقار . ولا يكون هناك محل لفسخ العقد ،أو إنقاص الثمن إذا التزم البائع بإصلاح العيب "(٥).

---

(٤) Art. 2270 (L.3 Janv. 1967) " Les architectes , entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont fait ou dirigés après dix ans s'il s'agit de gros ouvrages , après deux ans pour les menus ouvrages "

وانظر أيضا نص هذه المادة فى صياغتها الأصلية قبل تعديلها بهذا القانون ، ص ١٣٣ ،فيما سبق،هامش ٣ بها،وانظر فى ترجمة [illegible] بعد التعديل أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى . فى مقاله بمجلة مصر المعاصرة . سالف الذكر ص ٧ وما بعدها . ياقوت . فى مسئولية المعماريين . ص ١٧ هامش ١١

(٥) Art. 1646 - 1 (L.3 Janv. 1967, L. 7 juill. 1967).

يتضح من هذه النصوص التشريعية التى نقلناها ،أن المشرع الفرنسى لم يقتصر على المهندس المعمارى والمقاول،كنطاق شخص لتطبيق قواعد وأحكام المسئولية الخاصة محل الدراسة ،بل تعدى ذلك إلى إخضاع كل مؤجر عمل ،مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة، لأحكام هذه المسئولية .

وهذا واضح من نص المادتين ١٧٩٢ ،٢٢٧٠ مدنى بعد تعديلهما بالقانون المذكور . ليس هذا فحسب ،بل إن المشرع الفرنسى - اتساقا مع مذهبه فى توسيع نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية - قد بسط نطاق تطبيقها إلى أشخاص غير مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة ،وذلك بإضافته إلى المجموعة المدنية نص المادة ١٦٤٦ /١ التى قضت بإخضاع بائع العقار تحت التشييد لأحكام هذه المسئولية فى مواجهة المالكين المتتابعين لهذا العقار .

إن إلقاء نظرة سريعة على هذه النصوص،ليوضح مدى التطور التشريعى فى القانون الفرنسى،نحو التوسع فى النطاق الشخصى لقواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة . وأن هذا الاتجاه التشريعى التوسعى ،لتؤكده هذه النصوص بأمور ثلاثة ،نعرض لها فى نبذ ثلاث :

" Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu pendant dix = ans , à compter de la réception des travaux , des vices cachés dont les architectes , entrepreneurs et autres personnes liées ou maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux - mêmes Tenus en application des art . 1792 et 2270 du présent code. Le vendeur est tenu de garantir les menus ouvrages pendant deux ans a compter de la reception des travaux. Ces garanties bénéficient aux proporiétaires successifs de l'immeuble. Il n'y aura paslieu à résolution du contrat ou à demintion du prix si le vendeur s'oblige à réparer le vice"

نبذة أولى : المسئولون التقليديون : (م ١٧٩٢ مدنى معدلة)

إن المشرع الفرنسى تمسك بذكر الطائفتين التقليديتين صراحة وباسم كل منهما فى المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فى صياغتهما الجديدة ، وهما طائفتى المهندسين المعماريين والمقاولين ، مع أنه كان يمكن أن تشملهم الإشارة الجماعية إلى " كل الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل " باعتبار أن عقودهم مع رب العمل، هى أيضا عقود إجارة عمل، أوعقود مقاولة بالمفهوم المعاصر. ولكن المشرع الفرنسى رنا من ذلك إلى القضاء على الجدل الذى كان قد قام - منذ أمد ليس بالقريب - بين أوساط الفقه والقضاء الفرنسيين، والذى كان أساسه شرط إبرام الصفقة بطريق الجزاف، الذى اقتضاه مطلع المادة ١٧٩٢ مدنى فى صياغتها الاصلية، كما سبق البيان (٦) . والذى كان الهدف منه ، التضييق من نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، وحصره فى أضيق مجال ، باعتبارها أحكاما استثنائية، تخرج على القواعد العامة ، خصوصا إذا وضعنا فى الاعتبار النزعة الفردية، التى كانت سائدة فى المجتمع الفرنسى ، فى مطلع القرن الثامن عشر ، إبان وضع تقنينات نابليون عام ١٨٠٤ وما بعدها (٧) .

---

(٦) انظر، فيما سبق، ص ٧٩ .

(٧) انظر، فى هذا الجدل الفقهى : بيدان ورودييـر (المرجع السابق) البنود من ٢٠٥ ص ٢٢٦ إلى ٢٠٩ ص ٢٣١ . بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٤٩ ص ١٩٠ - ١٩٢ .

بيتر : المرجع السابق من ص ٢٧ - ٣٢ .

ياقوت المرجع السابق . البنود من ٨١ص ١٧٩ - ٨٦ ص ١٨٣

ولقد كانت الثمرة الطبيعية ،والنتيجة الحتمية ،لهذا الجدل الفقهى والقضائى،أن أصدرت الدائرة الأولى المدنية ، فى محكمة النقض الفرنسية ،حكمها الشهير فى ٥ من إبريل عام ١٩٦٥م بإقصاء المهندس المعمارى،من نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ مدنى،سالفة الذكر، باعتبار أنه - فى الغالب من الأحيان - لا يتعاقد مع رب العمل بطريق الجزاف ،وإنما غالبا ما يكون أجره مقدرا بنسب مئوية معينة ،تفعها،عادة ،اللوائح والقرارات المنظمة لمهنة الهندسة المعمارية . وعلى ذلك ،فلا يتوافر شرط التعاقد بطريق الجزاف إلا فى جانب المقاول ،دون المهندس المعمارى (٨) .

وتأسيسا على ذلك ،فإن المشرع الفرنسى بذكره صراحة لطائفة المهندسين المعماريين إلى جانب المقاولين ،وبحذفه لعبارة " Construit a prix fait " من صدر المادة ١٧٩٢ مدنى فإنما أراد بذلك إدانة هذا القضاء بل وسلبه الأساس الذى قام عليه . وبناء عليه صار المهندس المعمارى بصريح النص خاضعا لأحكام هذه المسئولية الخاصة شأنه فى ذلك شأن المقاول تماما (٩)

---

(٨) نقض مدنى فرنسى ،الدائرة الأولى فى ٥ من إبريل ١٩٦٥ الأسبوع القانونى ١٩٦٥ - ٢ - ١٤٢٦١ تعليق V وانظر تعليق ليت - فو عليه : الأسبوع القانونى ١٩٦٥ - ١ - ١٩١٨وتعليق كورنى ،على ذات الحكم،فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٥ ص ٦٦٧ ،والوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٥ رقم ٢٢ ص ٥٨٨ ،بيتر : المرجع السابق ص ٦٧ - ٧١ G. P. ١٩٦٥- ٢ ص ٢٧ .

(٩) الأساتذة مازو:فى مطول المسئولية ج ٢ ط ١٩٧٠ . بند ١٠٧٠ - ٥ ص ٧٥،ليت - فو المرجع السابق - ص ٣٤١ ،سانت ألارى : مقال ج . ك . ب ١٩٦٨ - ١ - ٢١٤٦،آلان سوب Alain SEUBE مقال : " تحديد المسئولين فى منازعات البناء بين رب العمل (كشخص خاص) والمعماريين . مجلة القانون والمدينة عدد ٣ ص ٣٤ ومابعدها .

نبذة ثانية : كل من ارتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل (مقاولة) : (م ١٧٩٢ مدنى معدلة) .

إن المشرع الفرنسى لم يكتف بذكر الطائفتين التقليديتين، كنطاق شخصى لقواعد وأحكام المسئولية الخاصة، المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٢ مدنى . وما عناه ذلك،من تأكيد على رغبته فى إبقاء المهندس المعمارى مسئولا، طبقا لهذه الأحكام على ما سبق بيانه فى الفقرة السابقة ؛ بل - وتمشيا مع نزعته التوسعية فى هذا المجال - نص على أن يخضع لهذه المسئولية كل شخص مرتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل ،أى عقد مقاولة بالمفهوم المعاصر .

ولقد سبق أن بينا فى الفرع السابق،كيف أن القضاء الفرنسى كان قد سبق مشرعه ،فى بسط قواعد وأحكام المسئولية الخاصة، المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ مدنى،إلى كل شخص مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة [١٠].وهكذا انصب دور المشرع الفرنسى، فى قانون ٣ يناير ١٩٦٧، على تقنين هذا القضاء ، الذى كان قد استقر فى هذا المجال منذ أمد بعيد [١١].

= وجستاز : مقال بعنوان :

" Les malfaçons de l'immeuble par qui , et à qui la garantie est elle dùe ? G.P. 1969, 2, P. 225 et s.

(١٠) انظر، فيما سبق، ص ٤٢٦ وما بعدها ،والأحكام المشار إليها بهامش ٤ ص ٤٢٨ .

وانظر بالإضافة إلى ذلك ج .م ليشو J. M . Lucheux " ضمانات المشترين فى بيوع العقارات تحت التشييد " رسالة من باريس ١٩٦٨ ص ١٣٥ .

(١١) مازو : مطول المسئولية . بند ١٠٧٠ - ٥ ص ٦٩ ، ٧٥ مازووجيجلار : دروس ج ٣ بند ١٣٦٧ ص ٧٩٩ .

وعلى ذلك،صار خاضعا لأحكام هذه المسئولية الخاصة، كل شخص ارتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل، أى عقد مقاولة فى المفهوم الحالى ،بصرف النظر عن الاتصاف بصفة معينة ،أو حمل لقب معين، فالعبرة، كما سبق القول، بالمباشرة، مع وجود عقد مقاولة صحيح ، يربط من باشر العمل مع رب العمل، الذى يتم العمل فعلا لحسابه (١٢)

ويمكن أن يندرج تحت هذا المفهوم على سبيل المثال مكاتب الدراسات الفنية B. E. T. والمهندسون الاستشاريون والمهندسون غير المعماريين والحدادون والنجارون ومقاولو الأعمال الصحية ،إلى غير ذلك من الفنيين الذين يتدخلون فى أعمال البناء والتشييد ،من دراسة للتربة التى سيقام عليها البناء ،إلى وضع الرسومات والخرائط،وعمل المقايسات ،فالقيام بالتنفيذ .....الخ ذلك من الأعمال التى يقتضيها إقامة البناء (١٣).

على أن هناك رأيا فى الفقه الفرنسى،يذهب إلى أنه يجب أن يباشر هؤلاء المتدخلون عملا مما يدخل بطبيعته فى مهنة المهندس

---

(١٢) انظر بالإضافة إلى ص ٤٢٦ : ٤٣١ فيماسبق والمراجع المشار إليها بها ،كاريلا : المرجع السابق فمل آ ص ٣٨ ، وما بعدها ،سانت آلارى : المقال السابق ص ٣٣ - ٣٥ .

(١٣) ليتفو : المسئولية العشرية والثنائية للمهندسين المعماريين والمقاولين . ج - ك . البناء (J. C. const.) ج ٤ ملزمة ٢٠٣ من رقم ٨٩ - ١١٣ ،ألان سوب : المقال السابق من ص ٣٣ - ٣٥ . جستار : المقال السابق ص ٢٢٦ وما بعدها .

المعمارى أوالمقاول ،حتى يمكن القول بإخضاعهم لأحكام هذه المسئولية الخاصة . وأن المحك فى ذلك هو الاحتكام إلى طبيعة الأعمال التى باشروهافىعملية التشييد والبناء (١٤).

ونحن من جانبنا لا نؤيد هذا الرأى للأسبابالآتية :

١) أنه يحصر - على خلاف الواقع - عملية التشييد والبناء فى مهنتىالمهندس المعمارى ومقاول البناء ،وهذاوإن صلح لزمن مضى ،فهو لا يتفق والواقع الآن . حيث أصبحت تتدخل فى عملية التشييد والبناء مهنا عديدةومختلفة - غير مايدخل بطبعته فى مهنة المهندس المعمارى و مقاول البناء - من دراسات للتربة التى سيقام عليهاالبناء وللأدوات والخامات التى سيتكون منها والأجهزةالمختلفة التى ستركب فيه كأجهزة التسخين والتبريد والمصاعد ،وعمليات العرف الصحى .... إلى غير ذلك .

٢) أن هذا الشرط ليس له سند منتشريع أو قضاء ،ذلك أن المشرع وقد قنن - كما قلنا - قضاء قد استقر، لم يشر، لامن بعيد أو من قريب، إلى مثل هذا الشرط ،وكل ما تطلبه أن يكون الشخص مرتبطا مع رب العمل بعقد مقاولة ،وعقد المقاولة كما يمكن أن يرد على أعمال مما تدخل بطبيعتها فى مهنة المهندس المعمارى ومقاول البناء ،يمكن أن يرد على غيرهامن الأعمال التى غدت فى عصرنا الحاضر ضرورة من ضرورات عمليات التشييد والبناء.

---

(١٤) بيتر : المرجع السابق ص٣١ ،وانظر عكس هذا الرأى كاريلا : المرجع السابق ،فصل I ص ٣٩ . مازو : مطول المسئولية ج ٢ بند ١٠٧٠ - ٥ ص ٧٥ ،٧٦ . نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣)فى ٦٨/٣/٢٥ بيلتان ١٩٦٨ - ٣ ق ١٢٤ ص ٩٧ (حكمان" محكمة بيتين Béthune المدنية فى ٦ من مايو ١٩٥٨، دالوز ١٩٥٨ الموجز ص ١٣٤ .

٣) كما وأن هذا التفسيرلا يتمشى والنزعة التوسعية للمشرع الفرنسي في مجال تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ،وعـــدم قصره فقط على المهندس المعماري والمقاول أو من يقوم بدورهما في عملية التشييد والبناء .

نبذة ثالثة : بائع العقار تحت التشييد (م ١٦٤٦ - ١ م مستحدثة) .

إن المشرع الفرنسي - اتساقا مع مذهبه في التوسع فــي النطاق الشخصي لأحكام هذه المسئولية الخاصة - لم يكتف ببسـط أحكامها على كل شخص مرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة، مثـل المهندس المعماري والمقاول، وغيرهم من الأشخاص، كما سبق البيان بالفقرة السابقة ،بل مد نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية، إلى شخص آخر ،لايرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ،بل كل مايربطه به هو عقد بيع عقار تحت التشييد (١٥) .

ذلك أنه كانت قد قامت صورة في العمل، أدرك المشرع منهـا، مدى ما سيترتب عليها من خطورة التهرب من تطبيق أحكام المسئولية الخاصة

---

(١٥) ف مالنفو : مقال " ضمان العيوب بواسطة البائـع الممول للمنشآت العقارية "

الأسبوع القانوني ١٩٦٩ - ١ - ٢٢٨٤ بند ١٦ حيث يقرر فيه "أن القانون قد ألحق مسئولية بائع العقار تحت التشييد بمسئولية المهندس المعماري والمقاول "

ليت.فو : قانون التشييد : السابق ص ٣٤٢ . مازو وجيجلار المرجع السابق " عقد المقاولة " بند ١٣٦٧ ص ٧٩٩ وعقد البيـع والمقايضة بند ٩٩٣ - ٢ .جستان : المقال السابق ص٢٢٧ وما بعدها .

بالمهندس المعماري والمقاول، بأن يعمد هؤلاء إلى التعامل بمقتضى عقد البيع، لا بمقتضى عقد المقاولة، حتى لا تنطبق عليهم أحكام المسئولية العشرية، التي يشترط لتطبيقها – كما بينا – وجود عقد مقاولة، يربط القائم بعملية التشييد والبناء، ومن تم لحسابه هذا العمل. مع توافر كافة الأركان والشروط الأخرى ونفس الأطراف بصفاتهم في العملية التعاقدية. وهكذا يكون الأفراد قد حققوا لأنفسهم ذات الهدف الذي يسعون إليه مع استبدالهم الوسيلة فقط، فيحبطوا بذلك الحماية القانونية التي أراد المشرع تقريرها حفاظا للصالح العام والخاص (١٦).

ولم يرد المشرع الفرنسي، أن يصادر حريات الأفراد في التعامل، كيفما يحلو لهم، ولكنه، من ناحية أخرى، لم يشأ أن يهدر المصلحة العامة والخاصة، فبسط ذات الحماية القانونية، التي كانت مقررة على الصورة التعاقدية السابقة، على الصورة الجديدة من التعامل، معاملة للأفراد على عكس مقصودهم، فأضاف إلى القانون المدني – كما رأينا – نص المادة ١٦٤٦ – ١ التي تقرر سريان نفس الأحكام الخاصة، المنصوص عليها بالمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدني، على بائع العقار تحت التشييد، معاملة له بعكس مقصوده، وتحقيقا للحماية القانونية التي تقتضيها المصلحة العامة، ومصلحة من سيئول إليه العقار، الذين قرر المشرع أنهم ليسوا بأقل حاجة لهذه الحماية من رب العمل الأصلي الذي يتم العمل فعلا لحسابه (١٧).

---

(١٦) مازو وچيجلار : الهامش السابق، ف مالنفو و ف . جستاز : قانون التمويل (التنمية) العقاري ط ٢ ١٩٨٠ بند ٣١٨ من ص ٣٣٩ – ٣٤١ .

سانت ألاري : المقال السابق – بند ٥، ٦ .

(١٧) أدلفو (المرجع السابق) بند ٤٣٠ من ص ٦٤٥ – ٦٤٨ .

كاستون: " مسئولية المعماريين " السابق . بند ٣٧١ ص ١٧٥ مالنفو وجستاز . المرجع السابق ص ١٨٣، ص ٣٤٠ وما بعدها . كاريلا : المرجع السابق . فصل] ص ٣٨ وما بعدها .

جستاز : الهامش الأسبق .

وبذلك يكون المشرع الفرنسى قد حقق أهدافه، ببسط هـذه الحماية القانونية على بائع العقار تحت التشييد، الذى غالبا ما يكون مهندسا معماريا، أو مقاولا، وذلك حثا له على الإخلاص فى عمله، والجد فيه، ومراعاة كافة قواعد الفن وأصول الصنعة، وما تفرضه عليه القوانين واللوائح المنظمة لهذا الجانب الهام من النشاط. وكذا حفاظا على المصلحة العامة والخاصة، وحماية للارواح من الهلاك وصونا للأموال من الضياع.

وحتى يكون البيع بيع عقار تحت التشييد، بحيث تسرى عليه قواعد المسئولية الخاصة، محل الدراسة. وليس القواعد العامة فى عقد البيع، يجب أن يكون العقار محل التعاقد لما يتم تشييده بعد [١٨]. وأن يكون المشترى ملتزما بأن يسدد، قبل إنجاز العمل أقساطا من الثمن، أو دفعا تحت الحساب، تستحق فى آجال يحددها الأطراف إما باعتبار الزمن، أو باعتبار ما يتم إنجازه من مراحل العمل [١٩] وأن تكون الصفقة مبرمة كذلك بعد أول يوليو ١٩٦٧ تاريخ سريان القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ المشار إليه [٢٠].

---

(١٨) حول فكرة " إنجاز الأعمال فى بيع العقار تحت التشييد انظر ف. جستاز : مقال بعنوان "Variations sur la notions d'achèvement dans la vente d'immreuble à construire" المجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٨٢ عدد ٣ ص ٣٦٦ ومابعدها، سانت الارى : المقال السابق : بندى ٢٧، ٢٨.

(١٩) سانت ألارى : المرجع السابق. ص ٣٠٨ وما بعدها كلاريلا : هامش ١٧ أعلاه : أ. دالفو : هامش ١٧ أعلاه أيضا، نيكول بيلان Nicole BELIN و ج. م بوتيكوفير "J.M. BUTIKOFER العقد والمسئولية والتامين فى البناء " المرشد فى الأشغال العامة (Mon .T. pub.) ط ١٩٨٣ ص ٣٧).

(٢٠) حول تحديد تاريخ سريان القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ المعدل بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٦٧ فى ٧ يوليو ١٩٦٧، انظر بول ميسو Paul MEYSSON " تأملات حول تنازع القوانين من حيث الزمان " ج. ك. ب. ١٩٦٧ - ١-٢١١٠.

المطلب الثانى

الأشخاص المسئولون طبقا لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ يناير ١٩٧٨

تمهيد وتقسيم

بعد العديد من المعالجات التشريعية الفردية - التى تلت قانون ٣ من يناير ١٩٦٧، المعدل جزئيا بقانون ٧ من يوليو ١٩٦٧، ومرسوم ٢٢ من ديسمبر من نفس العام، الصادر بتطبيق هذين القانونين - التى قضت ببسط نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة، محل دراستنا، على بعض آخر من المهنيين المشتغلين فى مجال التشييد والبناء. كالممول (المنمى) العقارى (٢١) ومشيد المنازل التى تستغل كسكن خاص (٢١)م، ولما وُجِد فى هذه المعالجات أحيانا من لبس وغموض، ولما جَدّ فى مجال التشييد من ممارسات وأنشطة أخرى، تباشر فى مهرب من أحكام هذه المسئولية، أنشأت كثير من أقلام المفكرين - سواء من رجال القانون أم من غيرهم-

---

(٢١) وذلك بالقانون رقم ٥٧٩ لسنة ٧١ فى ١٦ يوليو ١٩٧١، والمعدل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ٧٢ فى ١١ يوليو ١٩٧٢ والسارى المفعول اعتبارا من ٣١ ديسمبر ١٩٧٢ والذى أضاف إلى المجموعة المدنية الفرنسية الباب الثامن مكرر، من المادة ١٨٣١ - ١ إلى ١٨٣١ - ٥.

(٢١) مكرر - وذلك بمقتضى المادة ١/٤٥ من القانون رقم ٥٧٩ لسنة ٧١ سالف الذكر، والمرسوم التطبيقى لها رقم ١٢٣٩، لسنة ٧٢ فى ١٩٧٢/١٢/٢٩.

تطالب بمعالجة شاملة لهذا الموضوع ، الذى غدا يؤرق العدالة ويقض مضجعها ، لما تضمنه العمل من حالات - رغم تقارب نتائجها - تتباعد أحكامها وضوابطها .(٢٢)

واستجابة لهذه الأقلام ، تدخل المشرع الفرنسى بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ الصادر فى ٤ يناير ١٩٧٨ سالف الذكر ، منظما أحكام هذه المسئولية تنظيما جديدا شاملا ، لم يكتف فيه - فى مجال النطاق الشخصى لتطبيق أحكامها - بتوضيح ما غمض وإزالة ما التبس ، بالنسبة للذين كانوا خاضعين لأحكامها ، طبقا للقوانين السابقة عليه ،(٢٣) ولم يقتصر فيه ، أيضا ، على أولئك الأشخاص المرتبطين مع رب العمل الأصلى بعقود مقاولة ، دون التفات لصفاتهم أو ألقابهم ، أو الأدوار التى يقومون بها ، على الوجه الذى بسطناه آنفا ،(٢٤) بل ذهب فى معالجته للنطاق الشخصى لهذه المسئولية الخاصة مذهبا جديدا ، أجمله ووضع أساسه فى المادة ١٧٩٢ ، ثم فصله وأوضح بيانه فى المادة ١٧٩٢/١ بفقراتها الثلاث ، ثم فى المادة ١٧٩٢ - ٤ .

---

(٢٢) انظر فى اسباب الإصلاح ودواعيه : التقرير الذى وضعته اللجنة الوزارية المشكلة برئاسة مسيو سبينيتا بتاريخ ٢٥ من يونيو ١٩٧٥ والمنشور فى la Documentation françoise Paris 1976 تحت عنوان "Proposition pour une réforme l'assurance - construction.

وانظر أيضا ج بيجو (المرجع السابق) الفصل الأول من ص ١١ : ص ٢٩ .

(٢٣) من ذلك : حالتى الممول (المنمى) العقارى أومتعهد البناء ومشيد المساكن المستعملة كسكن خاص : أنظر كاربلا : فصل ٢ ص ٣٩ - ٤١ .

(٢٤) انظر ، فيما سبق ، من ص ٤٥٤ : ٤٦٠ .

فتقضى المادة ١٧٩٢ سالفة الذكر - بعد تعديلها بالقانون المذكور - بأن " كل معمارى يقوم بتشييد بناء يكون مسئولا بقوة القانون .... "

"Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit"

كماتقضى المادة ١٧٩٢ - ١ بأنه " يعتبر معماريا يقوم بتشييد بناء :

١) كل مهندس معمارى أو مقاول أوفنى ،أو غيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة .

٢) كل شخص يبيع بعد تمام التشييد ،عقارا كان قد شيده بنفسه ،أو بواسطة آخرين.

٣) كل شخص باعتباره وكيلا عن مالك العقار ،يقوم بمهمة مماثلة لما يقوم به مؤجر العمل " (٢٥)

---

(٢٥) Art. 1792 - 1 (L.78-12 , 4 Janv. 1978) " Est réputé constructeur de l'ouvrage :
1. tout architecte , entrepreneur , technicien ou autre personne liée au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage
2. Toute personne qui vend , après achèvement , un ouvrage qu'elle a construit ou fait construir
3. Taute personne qui ,bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage ".

كذلك قضى فى المادة ١٧٩٢ - ٤ بأن" الصانع لعمل،أو لجزء من عمل،أو لعنصر تجهيزى له ،صمم وأنتج كى يفى بأغراض خاصة به مقررة ومحددة سلفا ،يكون مسئولا بالتضامن ،مع مؤجر العمل أو المقاول الذىقام بتركيب هذه الأشياء فىالبناء ،عن الالتزامات التى تفعها المواد ١٧٩٢ ،١٧٩٢/٢ ،١٧٩٢/٣ على عاتق هذا الأخير ،متى كان استعماله لها قد تم دون تعديل ،وبالمطابقة للقواعدوالتعليمات الموضوعة بمعرفةهذاالصانع .

ويكونفى حكم الصانع بالنسبةلتطبيق هذه المادة :

ذلك الذى يستورد عملا ،أو جزءا من عمل،أوعنصرا تجهيزياله تم صنعه بالخارج .

أو ذلك الذى يقدم ذلك المصنوع على أنه من صنعه ،وذلك بوضع اسمه أو ماركته أو أى علامة مميزة له عليه " (٢٦).

---

(٢٦) Art . 1792 - 4 (L.78 - 12 , 4 janv. 1978) Le fabricant d'un ouvrage d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire , en l'état de service , à des exigences précisés et déterminées à l'avance , est solidairement responsable des obligations mises par les articles 1792 , 1792 - 2 et 1792 -3 à la charge du locateur d'ouvrage qui à mis en ouvre , sans modification et conformément aux régles édictées par le fabricant , l'ouvrage , la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré .
Sont assimilés à des fabricants pour l'application du présent article

هذه هى النصوص التى نظم بها المشرع الفرنسى فى القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر النطاق الشخصى لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة محل دراستنا .

وأول ما يلاحظ فى هذا الخصوص ، اتساع دائرة الأشخاص الذين أخضعهم المشرع الفرنسى لقواعد وأحكام هذه المسئولية مما حدا ببعض الكتاب أن يطلقوا عليها اسم " مسئولية المعماريين أو الإنشائيين"(٢٧) بعد أن كانت يطلق عليها " مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين .

Celui qui à importé un ouvrage , une partie d'ouvrage ou un = élément d'équipement fabriqué à l'étranger :
Celui qui l'a présenté comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son nom , sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif .

وانظر فى ترجمة هذه النصوص : أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى ، مقاله سالف الذكر ، ص ١٢٠ وما بعدها وأيضا : ياقوت المرجع السابق ، هامش ١٢ ص ١٧ وما بعدها .

(٢٧) انظر على سبيل المثال لا الحصر : كاستون : la responsabilité des constructeurs

ط ١٩٧٩ ، كاريلا : " Les responsabilites des constructeurs. "

ط ١٩٨١ .

لوجالشيه - بارون : مقال ... " La réforme de la responsabilite des constructeurs

كوستا : مقال : la responsabiiite des constructenrs d'après la loi du 4 jaw 1978.

كذلك فإن المشرع الفرنسي ،لم يقف عند تحديده للنطاق الشخصي لهذه المسئولية الخاصة عند أولئك المرتبطين مع رب العمل الأصلي بعقد مقاولة ،طبقا لما صار إليه الحال بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ ،كما أشرنا سابقا [٢٨] ولكنه - مسايرة منه للتطور الذي لحق فن البناء ،وما استلزمه هذا المضمار من تقنيات متعددة وأساليب متنوعة - أنشأ يتوسع في هذا النطاق ليشمل طائفة أخرى من الأشخاص - الى جانب الطائفة الاولى - لاتربطهم برب العمل أدنى رابطة عقدية [٢٩].

وعلى ذلك غدت دائرة النطاق الشخصي لأحكام هذه المسئولية الخاصة تضم طائفتين كبيرتين من الأشخاص :

الأولى : الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد إجارة عمل (عقد مقاولة).

الثانية : بعض الأشخاص الآخرين الذين اعتبرهم المشرع الفرنسي في حكم مؤجري العمل .

ونشرع الآن في دراسة أشخاص كل من هاتين الطائفتين لنبين إلى أي مدى ذهب المشرع الفرنسي في توسيع النطاق الشخصي لأحكام هذه المسئولية .

---

(٢٨) انظر فيما سبق ص٤٥٤ وما بعدها .

(٢٩) م . بييس : Michel PIESSE
إصلاح مسئولية المعماريين طبقا لقانون ٤ من يناير ١٩٧٨ منشور في مجلة Administrer يونيو ١٩٧٩ ص ١٠ .

نبذة أولى : الأشخاص المرتبطون مع رب العمل بعقد إجارة عمل " عقد مقاولة " .

هؤلاء الأشخاص يمكن تقسيمهم إلى تقليديين ، وآخرين استحدثهم القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ نعرض لكل طائفة منهما فى بند مستقل.

البند الأول : الأشخاص التقليديون : (م ١٧٩٢ مدنى معدلة م ١٧٩٢/ ١ مدنى فقرة أولى مستحدثة).

بالنسبة لهؤلاء الأشخاص كالمهندس المعمارى، والمقاول، وغيرهم من الفنيين ، فإننا نحيل بشأنهم إلى ما سبق أن عرضناه (٣٠) هذا إلى أنه ينبغى التقرير هنا ، بأن هذا القانون - كسابقه - قد شدد على ضرورة وجود عقد إجارة عمل بينهم وبين رب العمل، الأمر الذى يتضح منه بطريق اللزوم، أن المقاولين من الباطن، وكذلك غيرهم من الفنيين، الذين يستعين بهم كل من المقاول، أو المهندس المعمارى، فى التنفيذ، أو الاستشارات الفنية، التى يستوجبها قيامهم بمهامهم ، لايخضعون لأحكام هذه المسئولية لعدم توافر هذا الشرط إلى جانبهم (٣١).

البند الثانى : المراقبون الفنيون (م ٩ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر)

لقد ألحق القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ - بالمادة التاسعة منه - (٣٢) بهذه المجموعة ، أشخاصا آخرين يمكن أن يرتبطوا مع

---

(٣٠) انظر، فيماسبق، من ص٤٠٨ : ٤٢٦ ، ص٤٥٤ وما بعدها.

(٣١) كاريلا : المرجع السابق . فصل I ص ٤٢ .

(٣٢) انظر ، فيما بعد ، نص المادة المذكورة ص ٤٧٥ وهامش ٤٤ بها .

رب العمل بعقد إجارة عمل ،هؤلاء الأشخاص هم : المراقبون الفنيون " Les Contrôleurs Techniques "(٣٢)م

١) تعريف المراقب الفنى :

والمراقب الفنى " le contrôleur Technique " هو شخص ،طبيعى أو معنوى ،يتمتع بدرجة عالية من الكفاءة الفنية يتولى - بمقتضى عقد إجارة عمل مبرم مع رب العمل - فحص المسائل ذات الطابع الفنى ،فى عملية التشييد ،التى يرى رب العمل تكليفه بفحصها(٣٣).

---

(٣٢)مكرر - انظر فى المراقبين الفنيين بصفة عامة: تقرير سبينيتا : سابق الإشارة ،ص ٤١ - ٤٦ ، ص ٦٥ - ٦٦ ، ص ٨٤ منه بوبلى : المرجع السابق بند ١٧٩ ص ١٠٣ : بند ١٨٨ ص ١٠٨ ،مازو وچيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٢ - ٥ ص ٧٨٦ وما بعدها ،بيجو المرجع السابق ص ١٢١ - ١٣٢ ،ليت فو: المرجع السابق ص ٣٠٦: ٣٥١ كاريلا : المرجع السابق فصل E ص ٦ - ١٥ . ف.دلماس philippe DELMAS (مقال) :

" الرقابة الفنية ؛ تحليل لقانون ٤ يناير ١٩٧٨ ونصوصه التطبيقية " المجلة الفصلية للقانون العقارى ١٩٧٩ . ص ١٢٩ -١٤٧ روليه وبييس Valde Roulet et Michil Piesse
" قانون سبينيتا،ومرسوم تطبيقه رقم ١١٤٦ لسنة ١٩٧٨ فى ٧ ديسمبر ١٩٧٨ حول الرقابة الفنية " جازيت دى باليه ،١٩٧٩ - ١ . قسم الفقه ص ٢٥ - ٢٧ . كريستيان لاروميه . Christian LARROUMET "مسئولية منظمات الرقابة الفنية " المجلة الفصلية" للقانون العقارى ١٩٨١ ص ٣١٢ .

(٣٣) على الرغم من عدم تعريف الفقه الفرنسى للمراقب الفنى، إلا أننا أمكننا استخلاص هذا التعريف له مما كتب عن مهنة الرقابة الفنية . راجع فى ذلك . بيجو : المرجع السابق ص ١٢١- ١٤٢ ،كاريلا : المرجع السابق فصل E ص ٦ - ٨ دلماس : السابق بند ١٨ - ٢٠ ص ١٣٤ - ١٣٥ .

٢) مهنة الرقابة الفنية

ومهنة الرقابة الفنية فى مجال التشييد، هى مهنة حديثة النشأة نسبيا ، إذ يرجع تاريخها فى فرنسا إلى عام ١٩٢٩، على أثر بعض الانهيارات المروعة ، التى حدثت آنذاك فى بعض المبانى، وكان ظهورها بادئ الأمر على هيئة منظمات فنية ، مهمتها إعطاء المؤمنين القدر الذى يلزمهم من المعلومات الفنية عن البناء المراد تغطيته تأمينيا .

ولذلك كان تدخل هذه المكاتب دائما بناء على طلب من المؤمن، الذى كان يلتزم بدفع الأجر لها فى مقابل أدائها لهذا الدور له (٣٤) وهكذا نشأت هذه المهنة وترعرعت فى أحضان التأمين، وكان ما يبرم من عقود بشأنها. إنما تتم بين المؤمن من جهة ومكتب الرقابة الفنية من جهة أخرى (٣٥).

---

(٣٤) ليت - فو : المرجع السابق ، ص ٣٠٦ ، دلماس: المقال السابق بند ١ ص ١٢٩ . لاروميه : المقال السابق رقم ٢ ، ص ٣١١ .

(٣٥) مازو وجيجلار : السابق ١٢٦٢٠ - ص ٧٨٦ ، روليه وبيبيس : المقال السابق ص ٢٩ ، وانظر نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٢٤ من مارس ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١ - ٣ رقم ١٥٠، فى ١٥ من فبراير ١٩٧٢ . بيلتان ١٩٧٢ - ٣ رقم ٦٩ ، فى ١٥ من مايو ١٩٧٣ . دالوز ١٩٧٣ موجز ص ١٣٠ .

ولم تكن مهنة الرقابة الفنية - حتى صدور قانون ٤ يناير ١٩٧٨ المعنى - تخضع لتنظيم تشريعى أولائحى خاص بها ،بل كان كل ما يحكمها هى القواعد العامة ،فيما يتعلق بالمواد التعاقدية ، كما تخضع مسئولية مكتب الرقابة للقواعد العامة فى المسئولية العقدية ، أوالتقصيرية ،على حسب الأحوال (٣٦).

أما عن وضع مكاتب الرقابة بالنسبة لأحكام وقواعد المسئولية الخاصة ،محل الدراسة ، فقد كانت هذه المكاتب تتهرب من أحكام هذه المسئولية ،بحجة أنها إنما تعمل فى خدمة المؤمنين ،وليس فى خدمة رب العمل ، الذى تقررت هذه المسئولية لصالحه ،كما وأنها لا تربطها به أية علاقة تعاقدية ،من قريب أو من بعيد (٣٧) بل وحتى بعد أن أصبحت تتعاقد مع أحد المعماريين ،كالمقاول أوالمهندس المعمارى ،أو حتى مع رب العمل نفسه ،لرقابة بعض الأعمال ،التى يسند أى منهم رقابتها إليها من الناحية الفنية ،كانت تضمن العقد المبرم بينها وبينه شرطا صريحا ،بعدم خضوعها لقواعد المسئولية العشرية ،وأن تدخلهايتم لحساب المؤمن حتى ولو تحمل رب العمل أو غيره بالأتعاب ،حتى تتهرب بذلك من تطبيق أحكام هذه المسئولية عليها ،متذرعة بأنها لا تتدخل فى أعمال التشييد بصفة فعلية .وإنما هى تفحص فنيا ،ما يسند إليها فحصه ،وتعطى رب العمل أو المؤمن رأيها فيه (٣٨)

---

(٣٦) انظر المراجع والمقالات والأحكام المشار إليها فى الهامشين السابقين .

(٣٧) بوبلى : المرجع السابق بند ١٧٩ ، ١٨٠ : ص ١٠٣ وما بعدها . روليه ،وبييس :المقال السابق ،ص ٠٢٩ وانظر نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة)فى ١ من يونيه ١٩٧٦ دالوز ١٩٧٦ الموجز ص ٧٠ ،باريس الجزئية (الدائرة السابعة) فى ٢٦ من نوفمبر ١٩٧٦ مجلة المرشد للأشغال العامة M.T. P. فى ٥ من سبتمبر ١٩٧٧ .

(٣٨) كاريلا : المرجع السابق . فصل E ص ٧ ،بيجو المرجع السابق . ص ١٢٢ مازو وچيچلار : المرجع السابق ص ٧٨٦ ، هامش ٢ بها .

إزاء هذا الوضع المنتقد من الفقه [٣٩] والقضاء[٤٠] فقد تقدمت اللجنة الوزارية المشكلة برئاسة مسيو سبينيتا SPINITTA بتقريرها المشار إليه مقترحاً فيه بعض التوصيات المتعلقة بموضوع الرقابة الفنية [٤١]. وضعها المشرع الفرنسى كاملة موضع التنفيذ،وذلك فى الباب الثانى من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، والمرسوم التطبيقى له رقم ١١٤٦ لسنة ١٩٧٨،الصادر فى ٧ من ديسمبر ١٩٧٨ .

ولقد بين القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه فى المادة ٨ منه الهدف من الرقابة الفنية ،ومن له سلطة طلب تدخلها ،ومجال عملها ،كما نظم فى المادة ٩ منه مسئولية المراقب الفنى ،وفى المادة ١٠ منه بين مدى التناقض الطبيعى بين مهنة

---

(٣٩) انظر ص ٤٢ وما بعدها من تقرير سبينيتا المشار إليه ،كاريلا : الهامش السابق ،بيجو : المرجع السابق ص ١٢١.

(٤٠) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣)فى ١٥ من فبراير ١٩٧٢ بيلتان ١٩٧٢ - ٣رقم ٩٦ ص ٧٠وفى ١٥ من مايو ١٩٧٣ بيلتان ١٩٧٣ - ٣ ص ٢٤٣ ،فى ١ من يونيو ١٩٧٦ دالوز ١٩٧٦ الموجز ص ٧٠.

(٤١) انظر ص ٤١ :ص ٤٦ من التقرير المشار إليه .

الرقابة الفنية؛ وباقى المهن الممارسة فى مجال التشييد، سواء فى مجال التصميم، أو التنفيذ، أو الخبرة، كما نظم المهنة من الناحية الإدارية، وضرورة تدخل السلطة العامة فى اعتماد ممارسة نشاطها، وأخيرا بين فى المادة ١١ منه متى تكون الرقابة الفنية إجبارية، بحيث يلتزم رب العمل فى هذه الحالة بتكليف مراقب فنى يتولى أمر الرقابة الفنية على البناء وإلا تعرض للعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المادة ١١١ - ٤٢ من قانون البناء والإسكان "Art. 111- 42 . C.C H . "(٤٢).

إذا كان المشرع الفرنسى بهذا قد تناول بالتنظيم التشريعى واللائحى، ولأول مرة، (٤٣) موضوع الرقابة الفنية، فإن ما يدخل فى نطاق بحثنا من هذا التنظيم، هو موضوع إخضاع المراقب الفنى لأحكام المسئولية الخاصة، محل دراستنا، باعتبار أن هذا الإخضاع من جانب المشرع الفرنسى سير فى ذات الاتجاه الذى تبناه، من التوسع فى نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية، سواء من حيث النطاق الشخصى أو النطاق الموضوعى.

٣) مسئولية المراقب الفنى طبقا للمادة التاسعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ :

تقضى المادة التاسعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ المشار إليه بأن "يخضع المراقب الفنى، فى حدود المهمة المعهود بها إليه

---

(٤٢) Art . (R111 - 42 C.C.H.) D.78 - 1146 du 7 déc. 1978) " Sera puni d'une amende de 600 à 1000 F. et d'un emprisonnement de quinze jours ou de L' une de ces deux naître de l'ouvrage ou son mandataire qui aura entreprise ou poursuivi des Travaux sans avoir fait procéder au contrôle Technique dans le cas où celui - ci est obligatoire . En cas de recidive , la peine d' amende sera portée à 2000 F. et l'emprisonnement à un mois "

(٤٣) انظر المراجع المشار إليها فى هامش ٣٢ مكرر ص ٤٧٠

من قبل رب العمل ، لقرينة المسئوليه المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢، ١/١٧٩٢، ٢/١٧٩٢ من التقنين المدنى ، والتى تنقضى بالتقادم طبقا للشروط المقررة فى المادة ٢٢٧٠ من ذات التقنين "(٤٤)

وأول ما يلاحظ على هذا النص ، ذكره للمادة ١/١٧٩٢ ضمن المواد التى نص فيها على قرينة المسئولية التى يخضع لها المعماريون ، وذلك على خلاف الواقع ، إذ أن هذه المادة لم تتضمن أى ذكر لقرينة المسئولية هذه ، بل تولت بالبيان - فى فقراتها الثلاث - من يعتبر معماريا ، فيخضع لأحكام هذه المسئولية . ولذا فإن الفقه الفرنسى يفسر هذا الذكر بأنه من قبيل الخطأ المادى (٤٥)

وبهذا النص يكون المشرع الفرنسى قد مد النطاق الشخصى لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، ليشمل المراقبين الفنيين الذين كانوا - بما يضمنونه عقودهم من شروط بعدم مسئوليتهم - بمنأى عن هذه المسئولية ، كما سبق أن بينا ، وأنه لم يتطلب من شروط

---

(٤٤) Art. 9(loi 78-12,4 jamv.1978)"Le contrôleur Technique est soumis, dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de L'ouvrage, à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792-1, et 1792-2 du code civil qui se prescrit dans les conditions prévues à l'article 2270."

(٤٥) كاريلا : المرجع السابق ، فصل ٤ ص ١٣ هامش ٥٧ ، ذلمنى : المقال السابق بند ٤١ ص ١٤٠ ، لاروميه : المقال السابق بند ٢٠ ص ٢١٦ الذى يرى أنه ذكر " عديم الفائدة " مالنفو وجستاز المرجع السابق بند ١٥٨ ص ١٨١ .

خاصة بهم، لتطبيق أحكام هذه المسئولية عليهم، سوى أن يكون الضرر الذى لحق برب العمل، مصدره هو العنصر، أو الجزء الذى أوكل إلى المراقب الفنى فحصه ومراجعته فنيا ، أو بعبارة أخرى أن الضرر يرجع فى أساسه إلى عدم قيام المراقب الفنى بالتزامه، الذى نص عليه فى عقد المراقبة ، أو أدائه له آداء معيبا، جعل منه مصدرا لذلك الضرر (٤٦).

وعلى ذلك ، فإذا أثبت رب العمل أن ضررا قد لحقه ، وأن هذا الضرر يرجع فى أساسه إلى عدم قيام المراقب الفنى - كلية أو قيامه على وجه معيب - بمهمته التى كلف بها بمقتضى عقد المراقبة ، أى عقد إجارة العمل المبرم بينه وبين رب العمل ، فيكون هذا الأخير بذلك قد ألقى بكرة الإثبات فى ملعب المراقب الفنى (٤٧) الذى لايستطيع أن يفلت من قرينة المسئولية التى حاقت به إلا بإثبات أحد أمرين :

الأول : أن يثبت المراقب الفنى أن الجزء أو العنصر الذى هو أساس الضرر الذى لحق برب العمل ، يخرج عن نطاق المهمة التى

---

(٤٦) ويشترط الفقه الفرنسى أن يكون الضرر عشريا ، بمعنى أن يكون من الأضرار التى تدخل فى النطاق الموضوعى للمسئولية العشرية .(بيجو : المرجع السابق ، ص ١٣١ . دلماس : الهامش السابق) وهذا بطبيعة الحال شرط موضوعى ليس فى حاجة إلى تقرير .

(٤٧) بيجو : المرجع السابق ، ص ١٣٠ ، لاروميه : المقال السابق بند ٢٠ ص ٣٤٦ ، وانظر أيضا : نقض مدنى فرنسى فى ١٠ من يونيو ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١ - رقم ٣٦٨ ص ٢٦١ ، فى ٢١ من مارس ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١ - ٣ - ٢٠٢ ص ١٤٥ ، فى ١٩ من يونيو ١٩٧٦ . دالوز ١٩٧٦ الموجز ص ٧٠ .

كلفه بها رب العمل ،بمقتضى عقد المراقبة ،وهذا أمر نصت عليه صراحة المادة التاسعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، سالف الذكر، والتى تقضى بأن "يخضع المراقب الفنى ،فى حدود المهمة المعهود بها إليه ،من قبل رب العمل ،لقرينة المسئولية ......" بما مفاده أن وقوع العنصر أو الجزء سبب الضرر فى حدود المهمة المعهود بها من قبل رب العمل الى المراقب الفنى شرط جوهرى من شروط خضوع هذا الاخير لقرينة المسئولية المنصوص عليها بالمادتين ١٧٩٢ ، ٢/١٧٩٢ من التقنين المدنى . بحيث اذا استطاع المراقب الفنى نفى توافر هذا الشرط بأن أثبت أن العنصر أو الجزء سبب الضرر لايدخل فى حدود مهمته استطاع بذلك أن يتحرر من أحكام هذه المسئولية الخاصة (٤٨)

أما اذا لم يستطع المراقب الفنى نفى توافر هذا الشرط فليس من سبيل أمامه للتخلص من هذه المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى (٤٩) فى أحد حالاته الثلاثة ،بدءا بالقوة القاهرة ومرورا بخطأ الغير ،وانتهاء بخطأ المضرور نفسه مع ضرورة توافر شروطه من عدم توقعه ،واستحالة دفعه .

فإذا لم يستطع المراقب الفنى الاستفادة من السبب الخاص به ،وهو خروج سبب الضرر عن حدود مهمته ،ولا من السبب العام

---

(٤٨) بيجو : المرجع السابق ،ص ١٣١ ،مالنفو وجستاز : المرجع السابق بند ١٥٨ ص ١٨٢ لازوميه ،المقال السابق. بند ٢١ ص ٣١٦ . نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١١ من يونيو ١٩٨١ . جازيت دى باليه ١٩٨٢ - ١ - بانوراما ص ٢٩ .

(٤٩) كاريلا : المرجع السابق ،فصل E ص ١٤، مالنفو وجستاز : الهامش السابق ،بيجو : الهامش السابق، لازوميه بند ٤٩ ، ٥٠ ص ٣٢٦ .

وهو السبب الأجنبى وتوافرت باقى شروط تحقق المسئولية العشرية على النحو السالف بيانه ، انعقدت مسئوليته العشرية فى مواجهة رب العمل ، وحق عليه جزاؤها .

على أنه إذا لم تتوافر فى الضرر الشروط اللازم توافرها له ، حتى يكون ضررا مستوجبا لقيام المسئولية العشرية للمراقب الفنى ، فإن مسئولية هذا الأخير يمكن أن تنعقد طبقا للأحكام العامة فى المسئولية من عقدية أو تقصيرية ، فى مواجهة رب العمل أو فى مواجهة الغير بحسب الأحوال (٥٠) .

٤) مدى خضوع المراقب الفنى لضمان كفاءة الأداء (٥١) وضمان تمام الإنجاز (٥١)م.

هل يخضع المراقبون الفنيون للضمان الثنائى ، وهو ضمان حسن التشغيل أو حسن التوظيف ، أو ضمان كفاءة الأداء كما أسميناه "La garantie de bon Fonctionnement" وكذا لضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى "La garantie de parfait achèvement" لمدة سنة من تاريخ التسلم ؟

---

(٥٠) لاروميه : المقال السابق بند ١٥ وما بعده ص ٣١٣ ، وما بعدها ، وأيضا بند ٢٧ وما بعده ص ٣١٩ وما بعدها .

(٥١)م ويسميه أستاذنا الدكتور عبد الودود يحى " ضمان التشطيب " انظر مقاله سالف الإشارة ص ١٢١ . وانظر عرضا مفصلا لهذا الضمان من ص ١٠١٨ : ص ١٠٩٣

(٥١) انظر عرضا مفصلا لهذا الضمان وأحكامه من ص ٩٧٧ إلى ص ١٠١٣ فيما بعده .

الواقع أن المادة ٩ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، سالف الذكر ، المتعلقـه بالمراقبين الفنيين ، لم تشر إلا إلى قرينة المسئولية المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢ ، ١٧٩٢/ ٢ ، وعلى ذلك فهى لم تشر لا إلى المادة ١٧٩٢ / ٣ التى نصت على ضمان كفاءة الأداء أو حسن التشغيل أو حسن التوظيف "La garantie de bon fanctionnement" ذو السنتين بحد أدنى، ولا إلى المادة ١٧٩٢/٦ فقرة ٢ منها التى نصت على ضمان تمام الإنجاز "La garantie de parfait achèvement" لمدة سنة واحدة تالية لتاريخ التسلم وعلى ذلك ، وطبقا للقاعدة التى تقضى بأن: "الاقتصار فى موضع البيان يفيد الحصر"، فإن المراقبين الفنيين لايخضعون لأحكام هذين الضمانين وإنما فقط لأحكام الضمان العشرى . طبقا لصريح نص المادة التاسعة سالفة الذكر . ولا مسوغ للاجتهاد فى مورد النص (٥٢).

---

(٥٢) بوبلى : المرجع السابق ، بند ١٨٧ ص ١٩٧ ليت - قو : المرجع السابق، ص ٣٥١ ، كاستون: المرجع السابق بند ٤٤٤ ص ٢٠٨، حيث يقرر أن هذا قصور، أو نقص تشريعى ، ربما قد يكون غير مقصود من المشرع ، ولكنه على أية حال ، جعل المراقب الفنى يفلت من هذا الضمان
" IL semble qu il ait là une lacune peut-étre, involontaire,mais, qui...,fait échaper le contrôleur Technique à cette garantie"

مالنڤو وجستار : المرجع السابق، بند ١٥٨ ص ١٨١، حيث يقرر الفقيهان بأن "هذا النسيان يمكن أن يفسره الواقع تماما ، حيث إنه لايدخل فى مهمة المراقب الفنى أن يعطى رأيه فيما يتعلق بعناصر التجهيز ، التى تقبل الانفصال عن العمل :
A. la vérité,cette omission peur être bien s'expliquer par lefait qu'il n'entre pas dans la mission du contrôleur technique de donner son avis sur. les éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage"

لاروميه : المقال السابق بند ٢٥ ، ٢٦ ص ٣١٨ .

أما فيما يتعلق بمدى شرعية الاتفاقات المعفية أو المحددة للمسئولية العشرية للمراقبين الفنيين ،فإن الفقه الفرنسى (٥٣) يذهب فى مجموعه إلى عدم شرعية هذه الاتفاقات،استنادا إلى صريح نص المادة ١٧٩٢ /٥ من التقنين المدنى،التى تقضى بأن " كل شرط فى العقد يكون الهدف منه استبعاد أو تحديد المسئولية المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢ ، ١/١٧٩٢ ، ٢/١٧٩٢ ...... يعتبر كأن لم يكن (٥٤)" وذلك على الرغم من عدم إشارة المادة التاسعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ إلى المادة ١٧٩٢ - ٥ من التقنين المدنى - ذلك أن هذه المسئولية تتعلق بالنظام العام (٥٥) والقول بغير ذلك يهدر الغاية التى سعى المشرع الى تحقيقها،من إخضاعه المراقبين الفنيين لأحكام هذه المسئولية ،شأنهم شأن غيرهم من المعماريين ،ممن يرتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل(أو عقد مقاولة).

---

(٥٣) بيجو : المرجع السابق ، ص ١٣٠ ،كاريلا : المرجع السابق ،فصل E ص ١٣ ،لاروميه: مقاله السابق،بند ٢٤ ص ٣١٧ .

(٥٤) Art. 1792 -- 5 (L. 78 - 12 , 4 janv. 1978) " Toute clause d'un contrat , qui a pour objet , soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792 , 1792-1et 1792 - 2 soit d'exclure la garantie prévue à l'article 1792-3 ....est réputée non écrite "

(٥٥) لاروميه : المقال السابق بند ٢٤ ص ٣١٨ .

نبذة ثانية : الأشخاص الآخرون الذين اعتبرهم المشرع الفرنسى فى حكم المعماريين :

سبق أن أوضحنا أن المشرع الفرنسى - سيرا فى اتجاهه التوسعى فى النطاق الشخصى لهذه المسئولية - لم يكتف بتطبيق أحكامها على الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إجارة عمل (أى عقد مقاولة)، بل بسط هذا النطاق ليشمل طائفة أخرى من الأشخاص اعتبرهم فى حكم أولئك ،على الرغم من عدم ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل .

وعلى ذلك ،انبسط هذا النطاق . ليضم بين جناحيه .بالإضافة إلى الطائفة الأولى التى سبق بيانها ،سواء التقليدى منها أو المستحدث - بائع العقار (٥٦) والوكيل (٥٧) والصانع (٥٨) ومن فى حكمه (٥٩) والممول (المنمى) العقارى (٦٠) وأخيرا معمارى المنازل الفردية (٦١) أو الشخصية كالفيلات ونحوها.

---

(٥٦) م : ١/١٧٩٢ فقرة "٢" من التقنين المدنى

(٥٧) م : ١/١٧٩٢ فقرة "٣") من التقنين المدنى .

(٥٨) م : ٤/١٧٩٢ من التقنين المدنى .

(٥٩) م : ٤/١٧٩٢ فقرة (٢) من التقنين المدنى .

(٦٠) م : ١/١٨٣١ من التقنين المدنى .

(٦١) م :٦ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ المعدلة للمادة ٤٥ /١ من القانون رقم ٥٧٩ . لسنة ١٩٧١ فى ١٦ من يوليو ١٩٧١، والمعدل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ٧٢ فى ١١ من يوليو ١٩٧٢ .

وسنتناول - إن شاء الله - بالإيجاز الذى يقتضيه المقام تعريف كل من هؤلاء ثم الشروط التى اقتضاها المشرع الفرنسى لخضوعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة . على أن يكون ذلك فى بند مستقل بالنسبة لكل منهم .

البند الأول : بائع العقار تام التشييد (م ١٧٩٢ - ١ فقرة ٢ مستحدثة) .

تقضى المادة ١/١٧٩٢ بأنه " يعتبر معماريا مشيدا لعمل :

٢) كل شخص يبيع - بعد تمام الإنجاز - عملا يكون قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين (٦٢).

ولقد قصد المشرع الفرنسى بإضافته للجملة الاعتراضية " بعد تمام الإنجاز " عدم تكرار ذكر بائع العقار تحت التشييد، الذى كان قد سبق وأن أخضعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة - كما سبق أن بينا - (٦٣) بمقتضى المادة ١/١٦٤٦ التى كان قد أضافها إلى التقنين المدنى بالقانون رقم ٣ لسنة ٦٧ سالف الذكر ،والتى لم يتناولها القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ إلا بتعديل لفظى فقط - اقتضاه استعماله لمصطلحات جديدة - لم يترتب عليه تغيير فى الأحكام يقتضى إعادة التعرض لها (٦٤) .

---

(٦٢) انظر، فيما سبق، الصيغة الفرنسية للنص ص ٤٦٥ هامش ٢٥ بها .

(٦٣) انظر، فيما سبق، ص ٤٥٤ وما بعدها ،وانظر أيضا روسيل ومعاونيه A 12 § نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٧٣/٣/١٣ ، مشار إليه فيه .

(٦٤) Art . 1646 - 1 (l.78 - 12 , 4 janv. 1978) " Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu , à compter de la réception des travaux , des obligations dont les architectes, =

١) المقصود ببائع العقار تام التشييد :

يتضح من ذلك أن المقصود ببائع العقار فى مفهوم هذه المادة ،هو كل شخص تولى - بنفسه أى بواسطة آخرين - تشييد عقار ،دون ارتباط بعقد مقاولة ،مع رب العمل ،ثم قام ببيعه تام الإنجاز لآخر (٦٥).

٢) مبررات إخضاعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة

أراد المشرع الفرنسى ،بتعرضه لهذه الصورة من التعامل لأول مرة بمقتضى هذا النص ،أن يضع حدا لنوع جديد من التلاعب ظهر

---

entrepreneurs et autre peraonnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-même tenus en application des articles 1792, 1792- 1 et 1792 - 2 et 1792 - 3 du présent code.

Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble . Il n'y aura pas lieu à 'résolutions de la vente ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer les dommages définis aux articles 1792, 1792 - 1 et 1792 - 3 du présent code. et assumer la gdrantie prévue à l 'art 1792 -3"

(٦٥) وقد كان هذا البائع قبل صدور القانون رقم ١٢ سنة ٧٨ يخضع للأحكام العامة فى عقد البيع ،الا فى حالة واحدة حيث يكون قد أنصب البيع على جزء من عقار كان قد سبق أن بيعت باقى أجزائه تحت التشييد،ففى هذه الحالة تسرى على هذا البائع احكام المسئولية الخاصة ،طبقا لنص المادة ٥ فقرة ١ من القانون رقم ٣ لسنة ٦٧ سالف الذكر .

أنظر بوبلى: المرجع السابق بند ٣٠٥ صفحة ١٩٢،مالنفو وجستار السابق بند ١٦١ ص ١٨٤

فى العمل مؤداه أن المعماريين - تهربا من أحكام المسئولية الخاصةبهم - يعمدون إلى تشييد العقار لحسابهم الخاص ،ثم يبيعونه بعد تمام إنجازه ،وبالتالى يخضعون لأحكام عقد البيع بما فيها أحكام ضمان المبيع ،دون أحكام عقد مقاولة المبانى بضمانه الخاص ،وبذلك يفلتون من أحكام المسئولية الخاصة محل الدراسة (٦٦) .

لذلك عمد المشرع الفرنسى - سدالهذه الذريعة ، ومعاملة نهؤلاء، المتفلتين بعكس مقصودهم - إلى إخضاع هذه الصورة من التعامل لأحكام هذه المسئولية الخاصة ،على الرغم من عدم توافر شروطها الخاصة التقليدية ،والتى من أهمها : وجود عقد مقاولة ، واعتبر البائع فى هذه الحالة فى حكم المعمارى ،يخضع للأحكام الخاصة بمسئولية المعماريين ،وليس لاحكام عقد البيع (٦٧)

---

(٦٦) روسيل : المرجع السابق § A12 لوجالشيه بارون : مقاله السابق . المنشورات القانونية لمؤسسة الكهرباء والغاز عدد نوفمبر ١٩٧٨ ص ٢١ . نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٧١/١/١٩ بيلتان ١٩٧٧ - ٣ رقم ٢٨ ص ٣٤ ،مجلة القانون والمدنية ١٩٧٧ رقم ٤ ص ٣٠٤ وفى ١٩٧١/٥/٧ بيلتان ١٩٧١ - ٣ رقم ٢٨٦ ص ٢٠٥ ،ج . ك . ب . ١٩٧٢ - ٢ - ١٦٩٩٢ وفى ١٩٧٧/١١/٩ مذكور فى مقال لوجالشيه : السابق ،بذات الموضع .

ومع ذلك فيجوز فى عقد البيع الاشتراط على خضوعه لأحكام المسئولية الخاصة . روسيل : § A12 ،وانظر نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) ١٣ نوفمبر ١٩٦٧ دالوز ١٩٦٨ ص ٢٥٧ تعليق : سانت آلارى،والوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٨ ص ٣٢١ رقم ٦٠ .

(٦٧) انظر فى الفرق بين الصورتين وما يترتب عليه من أحكام من ص١٠٦ : ص ١٢٨ فيما سبق .

وانظر أيضا بوتيكوفير : المرجع السابق ص ٣٧ . روجيه سانت آلارى وكورين سانت - آلارى . قانون البناء ط . مختصرات دالوز ١٩٨٢ ص ٩٥ وما بعدها .

وعلى ذلك ،فإنه اعتبارا من أول يناير ١٩٧٩ - تاريخ سريان القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ - لن يستطيع بائع العقار تام الإنجاز أن يفلت - كما كان الحال قبل ذلك - من أحكام المسئولية الخاصة ،كما وأنه لنيستطيع تضمين عقد البيع شرطا بعدم الضمان وذلك لاعتبار هذا الشرط كانلم يكن لتعلق هذا الضمان بالنظام العام (٦٨)طبقا لنص المادة ١٧٩٢/٥ كما سبق بيانه فى موضعه من البحث (٦٩) .

٣) شروط تحقق هذه المسئولية فى جانبه (بيان وإحالة)

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسى لم يشترط بالنسبة لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة على بائع العقار - سواء قبل الإنجاز أو بعده - أى شروط خاصة بل جعل هذه الأحكامتنطبق عليه طبقا لشروطهاالعامة التى سبقت دراستهافيما عدا شرط وجود عقد مقاولة بينه وبين من يتلقى العقار منه . فنحيل عليها .

٤) مناقشة نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - امدنى مستحدثة ،وبيان نتائج تطبيقه عملا :

فى معرض مناقشة هذاالنص التشريعى ،يلاحظ أن المشرع الفرنسى قد استعمل فيه عبارات ذات مضمون واسع ومطاط (٧٠)حتى

---

(٦٨) مالنفو وجستاز : مقالهما السابق بند ٥٣ ، والمرجع السابق بند ١٦١ ص ١٨٥ ،ليتفو : المرجع السابق ص ٣٥٠ .

(٦٩) انظر، فيما سبق، من ص٣٠٩ : ٣٣٧

(٧٠) من ذلك : عبارة " كل شخص يبيع " toute personne qui vend " وعبارة " عملا شيده بنفسه أوبواسطة آخرين "un ouvrage qu' elle a construit ou fait construire "

يضمن عدم إفلات أى متفلت من أحكام هذه المسئولية ،ويسد كل ثغرة أمام أى متحايل على قواعدها (٧١) .

ويرى بعض الفقه الفرنسى (٧٢) أن استعمال المشرع لهذه العبارات الواسعة والمطاطة أدى إلى سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة إلى أناس لم يدر بخلد المشرع أن يضمهم إلى نطاقها الشخص . بحيث تساوى عملا من حيث تطبيق أحكامها ، البائع الذى يحترف مهنة التشييد والبيع ،والشخص العادى الذى قد يضطر إلى بيع مسكنه الذى يكون قد شيده بنفسه أو بواسطة الغير ،وذلك لعدم تلاؤمه مع ظروفه الشخصية او الأسرية . فمثل هذا الشخص لايمكن أن يكون قد قصد المشرع إخضاعه لمثل هذه المسئولية الخاصة . ولذلك كان يجدر بالمشرع الفرنسى -فى تقديرنا - أن يتخير من العبارات ما يفيد الاحتراف تمشيا مع الطبيعة المهنية لهذه المسئولية (٧٣) .

---

(٧١) ياقوت : المرجع السابق بند ٢٠ ص ٥٠ وما بعدها .

(٧٢) مالنفو وجستاز :المقال السابق، بند ٥٣، والمرجع السابق : بند ١٦١ ص ١٨٥ ،روسيل : المرجع السابق A12 § بوبلى : المرجع السابق بند ٣٠٥ ص ١٩٢ ،بلانكييل: ،نظرات فى المواد ١٧٩٢ - ١٧٩٢/٦ جديدة من التقنين المدنى ،جازيت ذى باليه ١٩٧٨ . ٢ ص ٥٨٦ وما بعدها . نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ٦٣/١١/٢٦ .بيلتان ١٩٦٣ - ١ رقم ١٢٠ ص ١٠٦ وفى ١٩٦٧/١١/٢٧ بيلتان ١٩٦٧ - ١ رقم ٣٤٨ ص ٢٦٠ (الدائرة الثانية) فى ١٩٦٨/١١/٢٨ بيلتان ١٩٦٨ - ٣ رقم ٥١٠ ،وفى ٧ من مارس ١٩٧٠ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٩٣ ص ٧٤ ،فى ١٩ من يناير ١٩٧٧ بيلتان ١٩٧٧ - ٣ رقم ٢٨ ص ٢٣ .

(٧٣) بلانكييل : الهامش السابق .

كذلك فإن هذا الحكم الذى استحدثه المشرع الفرنسى ، وإن كان قد قصد به تحقيق هدف مشروع ،يتمثل فى توحيد حكم القانون بالنسبة للحالات المتماثلة فى التعامل ،بأن اخضع بائع العقار لقواعد وأحكام المسئولية الخاصة ،سواء تم هذا البيع قبل تمام الإنجاز أو بعده ،إلا أنه قد يؤدى فى بعض الفروض العملية إلى نتائج خطيرة ،لم تدر بخلد المشرع أثناء وضعه للقانون وأساسها الاختلاف الجوهرى بين أحكام عقد البيع وأحكام عقد المقاولة، خصوصا فيما يتعلق بالضمان ،فى ظل أحكام كل من العقدين .

تفسير ذلك ،أن المشرع بإخضاعه البائع لأحكام هذه المسئولية الخاصة ،جعله يضمن العقار فى مواجهة المتلقى منه ،مدة عشر سنوات شأنه شأن المقاول أو المهندس المعمارى فى مواجهة رب العمل طبقا لأحكام عقد المقاولة .

ولما كانت المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ،فى صياغاتها المتتالية، تقضى بأن المدة تبدأ من تاريخ تسلم العمل مقبولا من رب العمل، فإن من شأن ذلك أن يؤدى إلى نقصان ملحوظ فى مدة الضمان يتزايد باستمرار كلما بعد المدى الزمنى بين التاريخين تاريخ التسلم وتاريخ البيع (٧٤) ،مما يجعل المشترى أحيانا فى حيرة من أمره، أيتمسك بضمان عقد المقاولة ،أم بضمان عقد البيع ؟

ولنضرب مثالا توضيحا لذلك :

- بنى زيد ،المقاول ،عقارا لحساب عمرو ، تسلمه هذا الأخير مقبولا منه فى ١٩٦٠/١/١ مثلا ،فمن هذا التاريخ تبدأ مدة الضمان العشرى فى السريان ،حيث تنتهى فى ١٩٧٠/١٢/٣١ .

---

(٧٤) روسيل :المرجع السابق 12 A ؟ بوبلى : المرجع السابق : بند ٣٠٥ ص ١٩٢ ،ليت فو : المرجع السابق ص ٣٥٠

- فى ١٩٦٦/٧/١ باع عمرو العقار لبكر، الذى لايبقى له من مدة الضمان العشرى سوى ٤ سنة ٦ شهر، فلو فرض وأن بكرا هذا قد باع العقار، فى ١٩٧٠/٩/١، لمشترى آخر، فإن ما يتبقى لهذا المشترى الأخير من مدة الضمان العشرى، الذى بدأ فى ١/١ /١٩٦٠، هو أربعة شهور فقط . بمعنى أن ضمانه العشرى - طبقا لأحكام عقد المقاولة - الذى أراد المشرع أن يحميه به فى مواجهة البائع قد اقتصر على أربعة أشهر فقط، وهى - بطبيعة الحال - أقل من مدة ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع . فبأى الضمانين متمسك؟!

يرى بعض الفقه الفرنسى (٧٥). أنه يجب الجمع فى هذه الحالة بين الضمانين معا، ضمان المعمارى وضمان البائع . بمعنى أن للمشترى الأخير - فى المثال أعلاه - أن يتمسك بالضمان العشرى طيلة المدة الباقية منه، ثم بضمان البائع فيما زاد عن هذه المدة، وفى تقديرنا فإن هذا الحل يحقق قصد المشرع ومصالح الأطراف .

ليس هذا فحسب، بل إن هناك صعوبة أخرى يظهرها التطبيق العملى لهذا النص . يتمثل فى الفرض الذى يكون البائع فيه هو بذاته المقاول الذى قام بتشييد البناء، إذ تقوم صعوبة معرفة تاريخ سريان مدة الضمان العشرى . والأصل أنها تبدأ من تاريخ تسلم العمل مقبولا من رب العمل، طبقا لصريح نص المادة ٢٢٧٠ م فرنسى .

---

(٧٥) مالنفو وجستار : مقالهما السابق بند ٥٣ منه، والمرجع السابق، بند ١٦١ ص ١٨٤، بوبلى : المرجع السابق، بند ٣٠٥ ص ١٩٢ . وانظر، أيضا، ياقوت : المرجع السابق، بند ٢٠ ص ٥١ وهامش ٨١ بها .

ولكن فى فرضنا هذا ، المقاول يبنى العقار لحسابه، وليس لحساب شخص آخر ،فيجتمع فيه، بذلك ، الصفتان ،صفة المقاول ،وصفة رب العمل ،فهل يتصور تسلم فى هذا الفرض ؟ ! ،ومن أطرافه ؟! وإذا لم يكن هناك تسلم ،فمن أى تاريخ تبدأ مدة العشر سنوات فى السريان ؟ هل من تاريخ إنجاز العمل ،أم من تاريخ تسلم المشترى للعقار المبيع ؟ (٧٦) .

ويلاحظ أخيرا أن بائع العقار قبل أو بعد تمام الإنجاز، لايخضع لضمان تمام الانجاز المنصوص عنه فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢/٦ مدنى ، الذى لايخضع له إلا المقاول فقط (٧٧) اللهم إلا إذا توافرت للبائع هذه الصفة الأخيرة أيضا .

البند الثانى : الوكيل

١) تقديم وتذكرة :

سبق أن بينا (٧٨) أن عقدى المقاولة والوكالة وإن اتفقا فى ورودهما على العمل ،إلا أنهما يختلفان من حيث نوع الأداء محل كل منهما (٧٩)، وكذلك من حيث بروز الصفة التمثيلية فى الثانى واختفائها فى الأول (٨٠)

---

(٧٦) انظر فى عرض هذه الصعوبة : مالنفووجستاز ، الهامش السابق ،وبوبلى : الهامش السابق ،ليت - فو : المرجع السابق ص ٣٥٠ ،ياقوت الهامش السابق ، وفى تقديرنا فإن الأمر مآله إلى الخبرة يلجأ إليها عند الحاجة لتحديد التاريخ الذى كان فيه البناء قام الإنجاز صالحا للتسلم .

(٧٧) مالنفو وجستاز : المقال السابق بند ٥٠ ،والمرجع السابق بند ١٦٠ ص ١٨٣ .

(٧٨) انظر، فيما سبق،من ص٩٨ إلى ص١٠٥ والمراجع المشار إليها هناك .

(٧٩) فبينما هو عمل مادى فى الأول إذا به عمل قانونى فى الثانى

(٨٠) إذ الوكيل يمثل موكله وتنصرف آثار تصرفات الأول إلى الأخير مباشرة وكأنه هو الذى أجرها بينما الأمر غير ذلك بالنسبة للمقاول .أنظر فيما سبق ص ٩٨ والمراجع المشار إليها بها)

كذلك بينا [٨١] ،أنه ليس ثمة مايمنع من أن يكلف الشخص، وبمقتضى عقد واحد، بأعمال مادية، وأخرى قانونية ،وهنا تجتمع بالنسبة للمكلف صفتان ،صفة المقاول ،بالنسبة للأعمال المادية، وصفة الوكيل، بالنسبة للأعمال القانونية ،وتحكمه فى صفته الأولى أحكام عقد المقاولة ،بينما تسرى عليه بصفته الثانية أحكام عقد الوكالة .

وأوضحنا كذلك ،أنه إذا اختلطت الأعمال محل العقد ،بحيث أصبح من العسير التمييز بين نطاقى العقدين ،فإن الفقه الغالب يرى فى هذه الحالة، أن يكيف العقد تكييفا موحدا، طبقا للصفة الغالبة فيه [٨٢] .

هذا هو الوضع الذى كان سائدا، حتى صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، فى ٤ من يناير ١٩٧٨ ، الذى جرى العمل به اعتبارا من أول يناير ١٩٧٩ ،كماسبق البيان .

إلا أن المشرع الفرنسى استغل فرصة ما أسماه بإصلاح المسئولية والتأمين فى مجال أعمال التشييد، بالقانون المذكور فنص فى الفقرة الثالثة من المادة ١/١٧٩٢ مدنى ،على أنه يعتبر مشيدا لبناء، فى مفهوم المادة ١٧٩٢ مدنى: " كل شخص يؤدى مهمة مماثلة لتلك التى يؤديها مؤجر العمل (المقاولة) حتى ولو أداها بصفته وكيلا عن مالك البناء " [٨٣]

---

(٨١) انظر، فيما سبق، ص ٩٩ وما بعدها ،والمراجع المشار إليها فيها .

(٨٢) انظر، فيما سبق، ص ١٠٠، والمراجع المشار إليها فيها .

(٨٣) Art. 1792 - 1 (L.78-12 , 4 janv. 1978) " Est réputé constructeur..3-Toute personne qui . bien qu' agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage , accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage"

٢) مبررات إخضاعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة

(٨٤)يتضح من هذا النص ،أن المشرع الفرنسى،لاعتبارات عملية قدرها ،أدرج - بشروط معينة -الوكيل ضمن قائمة الأشخاص الذين اعتبرهم معماريين،وبالتالى،أخضعهم لأحكام هذه المسئولية الخاصة، ودونما اعتبار،لكونهم غير مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة، وذلك اتساقا منه،مع مذهبه فى التوسع،إلى اكبر قدر ممكن،فى النطاق الشخصى لمجال تطبيق أحكام هذه المسئولية،حتى لايفلت منها شخص،يمكن أن تتصور مشاركته فى أعمال التشييد ،تحت أى صورة من صور التعامل ،مهما اختلفت صفات المشاركين وتباينت ألقابهم(٨٥)

ولقد ذهب رأى فى الفقه الفرنسى،إلى أن المشرع قصد بهذا النص،أن يشمل بأحكام المسئولية الخاصةهذه ،الممول (المنمى)

=

وانظر فى ترجمة النص إلى العربية أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى : المقال السابق ،ص ٨ ،ياقوت : المرجع السابق ص ١٨ تكملة هامش ١٢ بها .

(٨٤) ذلك أن المشرع الفرنسى ،تصور أنه من الممكن،أن يكل رب العمل إلى شخص ما- بمقتضى عقد وكالة - تصميم أو تنفيذ بناء ،فيقوم هذا الأخير بما أو كل إليه ،دون أن يربطه برب العمل عقد مقاولة ،فيفلت بذلك من تطبيق أحكام المسئولية الخاصة عليه، فأراد المشرع ملاحقة مثل هذه الصورة من التعامل حتى لا تفلت من قبضة أحكام هذه المسئولية (انظر تقرير M.Richomme وثائق الجمعية الوطنية بند ٣٣٦٨ ص ١٥ : والتعديل الذى اقترحه M. Foyer الجريدة الرسمية للجمعية الوطنية ١٩/١٢/ ١٩٧٧ ص ٨٩٧٨ ،وانظر أيضا : مودرن (مقاله السابق)مايو١٩٧٨ ، ص ٣٦ .

(٨٥) لوجالشيه : المقال السابق : ص ٤٥العمود الأول ياقوت المرجع السابق بند ٢١ ص ٥١ .

العقارى ، الذى يبرم عقد تمويل عقارى ،طبقا لنص المادة ١٨٣١ /١ من التقنين المدنى ،وليس أى وكيل عن رب العمل [٨٦] .

بينما يذهب الرأى الراجح [٧٨] من ذلك الفقه، إلى أن المشرع الفرنسى لم يقصد بهذا النص فقط الممول (المنمى) العقارى، كما يذهب الرأى السابق ،ولكنه قصد بذلك كل من يبرم عقد وكالة مع المالك ،ويقوم - بمقتضى هذا العقد- بتشييد بناء لحساب هذا المالك، أما الممول (المنمى) العقارى ،فقد أخضعه المشرع الفرنسى لأحكام هذه المسئولية الخاصة ،بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، سالف الذكر ،والتى قضت بتعديل الجملة الثالثة من الفقرة الأولى من المادة ١٨٣١ -١ من القانون المدنى لتصبح " ويكون ملتزما على وجه الخصوص بالالتزامات الناتجة عن المواد ١٧٩٢ ، ١/١٧٩٢ ، ٢/١٧٩٢ ، ٣/١٧٩٢ من التقنين الحالى "[٨٨].

---

(٨٦) بوبلى : المرجع السابق، بند ٣٠٦ ص ١٩٢ ،ومقاله، " مسئولية المعماريين فى قانون ٤ يناير ١٩٧٨، المجلة الفعلية للقانون العقارى (R. T. D. I) ١٧٩ - ١ ص ١ .

(٨٧) روسيل : السابق ، 12 A § مالنفو وجستان: المقال المذكور، بند ٥٦ منه ،والمرجع السابق بند ١٦٤ ص ١٨٦ ،كاستون المرجع السابق بند ٣٨٩ ص ١٨٢ : كاريلا : المرجع السابق ،فصل I ص ٤٣ ليت فو : المرجع السابق ص ٣٥٠ ،مازوجيجلار: المرجع السابق، بند ١٣٦٧ ص ٨٠٠ ،بيجو : المرجع السابق ص ٤٧ .

(٨٨) الجملة الثالثة من المادة ١٨٣١/ ١ مدنى
" Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1, 1792 - 2 et 1792 3 du présent code"

وفى تقديرنا ،فإن ما يذهب إليه الرأى الغالب من الفقه الفرنسى ،هو الأولى بالتأييد وذلك :

١) تنزيها للمشرع عن اللغو والتكرار، اللذين يدمغه بهما الرأى الأول .

٢) اتساقا مع سياسته التشريعية الجديدة التى تبناها بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، فى ألا يدع شاردة ولا واردة من صور المعاملات المختلفة، التى تتعلق بمجال التشييد والبناء، تفلت من أحكام هذه المسئولية الخاصة ،فحيث قد جنح إلى التعميم فى نص المادة من ١٧٩٢ /١ - ٣ المستحدثة بمقتضى المادة الأولى من القانون المذكور - عاد - لأسباب قدرها - إلى التخصيص فى المادة الخامسة من ذات القانون .

٣) أن هذا الرأى هو ما يتفق والقواعد العامة فى التفسير، التى تقضى بأن إعمال النصوص خير من إهمالها ،ولاشك أنه سوف يترتب على الرأى الأول إهمال لنص المادة الخامسة من هذا القانون استنادا إلى نص المادة ١/١٧٩٢ فقرة ٣ المستحدثة بالمادة الأولى من ذات القانون .

٣) شروط إخضاع الوكيل لأحكام المسئولية الخاصة

يتضح من نص الفقرة "٣" من المادة ١/١٧٩٢ مدنى والمستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ أنه يجب لتطبيقها توافر شرطين أساسيين :

أولهما) أن يكون الشخص الذى يتصرف عن رب العمل ،يؤدى عمله باعتباره وكيلا عنه ،بمعنى أن تربطه وإياه وكالة صريحة أو ضمنية تستظهر من ظروف الحال ،وأمارات الواقع ،وأن يكون

تصرفه فى حدود وكالته ،غيرخارج عنها ولا متجاوز لحدود مقتضياتها (٨٩)

ثانيهما) أن يقوم هذا الوكيل - ودون وجود عقد مقاولة يربطه برب العمل - بمهمة من نوع المهام التى يقوم بهاالمعماريون؛ بمعنى أن يشارك،بدور معين،فى عمل من أعمال التشييد والبناء؛ كان يقوم بدور المهندس المعمارى ؛من وضع للتصميمات ،ورسم للخرائط ،وعمل للمقايسات ؛أو أن يقوم بدور المقاول فى التنفيذ والإشراف على موقع العمل وإدارته ،أو أن يقوم بعملية التمويل فى عملية البناء ،إلى غير ذلك من الأعمال التى يؤديها المعماريون(٩٠)

٤) مناقشة نص الفقرة الثالثة من المادة ١٧٩٢ - مدنى مستحدثة ،وبيان مدى الحاجة إليه عملا :

على الرغم من التبريراتالتى يسوقها جانب من الفقه الفرنسى (٩١) لموقف مشرعه ،والتى تتمثل فى محاربة الأساليب المختلفة التى يبتدعها الأفراد فى عصرنا الحاضر فى مجال التشييد والبناء من الاستعانة بوسطاء متعددين مستترين تحت أوصافوألقاب مختلفة هروبا من أحكام هذه المسئولية .

نقول : على الرغم من التبريرات،التى يسوقها ذلك الجانب من الفقه،لموقف المشرع الفرنسى ،فإن هناك جانبا آخر(٩٢)ينكرعليه

---

(٨٩) مالنفووجستاز : هامش ٨٧ أعلاه . مازووچيجلار:هامش ٨٧ أعلاه - ياقوت : هامش٨٥ أعلاه .

(٩٠) روسيل § A 12 ليت فو : هامش٨٧ أعلاه فرانك مودرن : المقال السابق ،ص٣٦،ياقوت : الهامش السابق .

(٩١) كاستون : الهامش السابق ،مالنفووجستاز : المرجع السابق بند ١٦٤ ص ١٨٧ .

(٩٢) بيجو : المرجع السابق،ص٤٧ وما بعدها ،وليت - فو المرجع السابق ص ٣٥٠ .

هذا التجديد المغالى فيه ،والذى لاتقتضيه حاجة العمل أو مقتضياته، لأن فى القواعد العامة ،مما استقر عليه الفقه والقضاء ،غناء عن ذلك،(٩٣) وبالإضافة إلى أنه نص غامض ،يشتمل على قدر كبير من اللبس، وعدم الوضوح ،كذلك فإنه نص غير صحيح قانونا (٩٤).

فأما عن أنه نص غامض، "Ambigue" فذلك لأنه من الصعب أن يفهم المقصد الذى تغياه المشرع من تقريره ؟ هل هو ضبط الحالات التى لا تحكمها الفقرتان ١ ،٢ من المادة ١/١٧٩٢ ، أم أنه قصد به معاقبة التحايل على القانون ،عن طريق الانحراف والتستر تحت وكالة كاذبة أو صورية .

وأما عن أنه حكم يشتمل على قدر كبير من اللبس وعدم الوضوح "equivoque " فذلك لأنه يقوم على أساس من الخلط بين مجالى تطبيق كل من العقدين ،فى حين أنهما عقدان متميزان، لكل منهما مجال تطبيقه (٩٥) وأنه كان ينبغى أن يستلفت النظر ويشدد على أوجه الخلاف والتمايز بين العقدين ،بدلا من أن يغذى اللبس والخلط بينهما .

وأما أنه غير صحيح قانونا "Juridiquement inexacte" فذلك لأنه فى مجال تطبيق هذا النص ،يجد الشخص نفسه ،أمام وكالة كاذبة أو صورية ،الوكيل فيها هو فى حقيقة الأمر ليس وكيلا وإنما هو فى الواقع من الأمر مؤجر عمل .

ونحن من جانبنا نتساءل عن مدى الحاجة العملية لمثل هذا النص التشريعى الذى أدخل الوكيل فى عداد الأشخاص المسئولين طبقا

---

(٩٣) ليت - ڤو : الهامش السابق .

(٩٤) بيجو : الهامش ٩٢ أعلاه .

(٩٥) كاستون : المرجع السابق، بند ٣٨٨ ص ١٨٢ .

لأحكام المسئولية الخاصة ،هذه ،وبعبارة أخرى، يعتبر الوكيل مؤجر عمل ،على الرغم مما هو معروف بين العقدين من تمايز ،واختلاف في الأحكام القانونية الضابطة لكل منهما، اختلافا يستدعيه اختلاف الدور الاجتماعي ،الذي يلعبه كل من العقدين، في نطاق المعاملات بين أفراد المجتمع (٩٦).

ولقد سبق أن بينا، أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يكلف الشخص، بمقتضى عقد واحد ،بالقيام بمهام مختلفة في طبيعتها، منها المادي، ومنها القانوني ،وبمقتضى هذا العقد، تجتمع في شخص المكلف صفتان صفة المقاول، وصفة الوكيل ، أما الصفة الأولى: فبالنسبة للأعمال المادية ، التي يقوم بها مستقلا عن رب العمل ،والتي تسري بشأنها أحكام عقد المقاولة ،بما فيها الضمان العشري، الخاص بمن يزاول مثل هذه الأعمال . وأما الصفة الثانية: فبالنسبة لما يؤديه من أعمال قانونية ،ممثلا فيها لشخص رب العمل ،وعاملا لحسابه ،وهنا تسري احكام عقد الوكالة بالنسبة لهذه الاعمال .

وفي تقديرنا ،فإن هذه الصورة من التعامل ، التي تخضع للقواعد العامة ،ولما استقر عليه الفقه والقضاء، لا تختلف في شيء عن الصورة التي قصدها المشرع الفرنسي بنص الفقرة (٣) من المادة ١/١٧٩٢ المستحدثة بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ . والتي تفترض أن شخصا مقلدا وكالة عن مالك العقار، يقوم بعمل مما يقوم به عادة مؤجر العمل أو المقاول ،دون أن يكون هناك عقد مستقل عن عقد الوكالة يعهد إليه بالقيام بهذه المهمة .

وإذا كان الأمر كذلك ،فما المقتضى العملي الذي دعا المشرع الفرنسي ، إلى تقرير مثل هذا النص ، الذي تعرض للنقد من جانب الفقه الفرنسي ،كما رأينا حالا .

---

(٩٦) انظر ،في التمييز بين العقدين ،من ص ٩٨ : ص ٩٩ فيما سبق .

إننا نرى أن فى القواعد العامة المستقرة - طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا - غناء عن تقرير مثل هذا النص، الذى لم يضف شيئا جديدا إلى الواقع القانونى المستقر قبل ذلك بكثير (٩٧) .

إلا أننا لا نرى الذهاب إلى ما ذهب إليه بعض الفقه من أنه " منذ نفاذ القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، يمتنع على القضاء التمييز، فى هذه الحالة، (حالة قيام الوكيل بأعمال مادية، من طبيعة ما يقوم به مؤجر العمل أو المقاول، إلى جانب الأعمال القانونية التى تشكل صلب عقد الوكالة) بين العقدين، وأنه يجب تطبيق أحكام المسئولية الخاصة هذه على جميع الأعمال، التى عهد بها إلى الوكيل دون تفرقة، بين تصرفات قانونية وأعمال مادية، طالما أن هذا الوكيل يقوم فى الواقع لمصلحة رب العمل أو الموكل بمهمة تشبه مهمة المعمارى " (٩٨). بل نرى أنه متى أمكن التفرقة فى محل العقد بين الأعمال المادية والأعمال القانونية - كما هو الغالب فى العمل - فإنه يجب إعمال أحكام عقد المقاولة بالنسبة للأعمال المادية وأحكام عقد الوكالة بالنسبة للأعمال القانونية، جريا على ذات السنن الذى استقر عليه الفقه والقضاء منذ زمن بعيد (٩٩).

---

(٩٧) انظر فى هذا المعنى، ليت فو : هامش ٩٤ أعلاه، الذى يرى أن الحل الذى كان القضاء الفرنسى قد استقر عليه منذ زمن بعيد، أفضل من الحل الجديد الذى جاء به القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى هذا الخصوص، ويعبر ليت - فو، فى نهاية الفقرة عن آمله فى أن يستمر القضاء الفرنسى فى سيره - على الرغم من تقرير هذا النص الجديد - على الحكم وفقا لقضائه السابق .

(٩٨) ليت فو : المرجع السابق، ص ٣٥٠، ياقوت : المرجع السابق، بند ٢١ ص ٥٥ .

(٩٩) ياقوت : المرجع السابق، هامش ٤٢ ص ٢٧ .

دليلنا على ذلك ، أن المشرع الفرنسى اشترط لخضوع الوكيل للمسئولية الخاصة ، قيامه بمهمة من طبيعة المهام التى يقوم بها مؤجر العمل ، وهو ما يتفق وقصد المشرع الفرنسى ، فى إخضاع من يزاولون مهاما تشبه مهام مؤجر العمل - مهما اختلفت صفاتهم والقابهم - إلى أحكام المسئولية الخاصة بهذا الأخير ، حتى لا يفلت أحد منهم من أحكامها . أما القول بغير ذلك فسيؤدى ولا شك - كما لاحظ البعض (١٠٠) - إلى الخلط بين أحكام كل من العقدين، وإيجاد نوع من اللبس والغموض فى نطاق تطبيق كل من هذه الأحكام ، الأمر الذى يأباه العقل، ويمجه المنطق .

أما إذا لم يمكن التمييز فى محل العقد، بين الأعمال المادية والأعمال القانونية - وهذا فرض نادر - فهنا ولاشك يكون من المستساغ القول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، على مجموع المهام التى أداها الوكيل لحساب المالك ، بمعنى إخضاع هذا العقد كلية - رغم نعته من الأطراف بأنه عقد وكالة - لأحكام عقد المقاولة ، وليس لأحكام عقد الوكالة ، على خلاف ما استقر عليه الفقه والقضاء فى ظل القواعد العامة منذ زمن بعيد ، من سريان أحكام العقد الذى تغلب أعماله . وهنا فقط، وفى هذا الفرض النادر عملا، تكمن القيمة القانونية والعملية للتجديد الذى أتى به المشرع الفرنسى فى الفقرة الثالثة من المادة ١٧٩٢ - المستحدثة بالقانون رقم ١٢ سنة ١٩٧٨ ، من تغليب جانب عقد المقاولة علم عقد الوكالة حيث كان يتم العكس طبقا لما كان مستقرا من قبل .

البند الثالث: الصانع (١٠١) " le fabricant ومن فى حكمه .

---

(١٠٠) بيجو : المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها .

(١٠١) انظر فى مسئولية الصانع عن منتجاته المعيبة أو الخطرة =

١) تقديم وتذكرة :

أجملنا فى صدر هذا المطلب ، أن المشرع الفرنسى أخضع - ضمن من أخضع - لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، محل البحث ، وبشروط خاصة

= بصفة عامة :

- باللغة الفرنسية :

Mazeaud (H.) " la responsabilité du Vendeur fabricant " R.T.D.c. 1965 P. 611.

Malinvaud (ph.) " la responsabilité du vendeur à raison des vices de la chose. J.c.P. 1968, 1, 2153.

— " la responsabilité civile du fabricant en droit français " Gaz. Pal . 1973, 11, doct . pp. 463 et suiv.

Bonnet et Gross: "la réparation des dommages causés aux constructions Par les vices de matériaux." J. c . p . 1974, I, 260

REVEL." Laresponsabilité des fabricants " Thèse Paris 1975

- باللغة العربية

- محسن شفيق " مسئولية المنتج - دراسة فى قانون التجارة الدولية " محاضرات على الآلة الكاتبة ، ألقاها سيادته على طلبة الدراسات العليا (دبلوم القانون الخاص) بجامعة القاهرة عام ١٩٧٦ / ١٩٧٧ .

- محمد شكرى سرور : مسئولية المنتج عن الأضرار التى تسببها منتجاته الخطرة " ط ١ ١٩٨٣ دار الفكر العربى - القاهرة .

- محمد عبد القادر على الحاج " مسئولية المنتج والموزع ، دراسة فى قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامى " رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء ط ١٩٨٢ دار النهضة العربية - القاهرة .

وانظر فى مسئوليته عن منتجاته المعيبة أو الخطرة فى=

الصانع الذى يقدم - مباشرة أو بطريق غير مباشر - عملا من إنتاجه ،يدخل فى عملية التشييد والبناء ،كما أنه ألحق به أشخاصا ، اعتبرهم فى حكمه ،وأخضعهم بالتالى لذات الأحكام ،دونما التفات إلى عدم ارتباطهم مع رب العمل بعقد مقاولة ،أو حتى بأية رابطة عقدية أخرى،ونأتى الآن إلى تفصيل ذلك الذى أجملناه .

تقضى المادة ١٧٩٢/٤مدنى المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ - سالف الذكر بأن " الصانع لعمل،أو لجزء من عمل، أو لعنصر تجهيزى فيه ،صمم وأنتج كى يفى بأغراض خاصة به،مقررة ومحددة سلفا ،يكون مسئولا بالتضامن مع مؤجر العمل ، الذى قام بتركيب هذه الأشياء ،عن الالتزامات التى تضعها المواد ١٧٩٢ ، ١٧٩٢/٢ ، ١٧٩٢/٣ على عاتق هذا الأخير ،متى كان هذا التركيب قد تم

= مجال التشييد والبناء

- CASTON: " Les actions ouvertes au maîter de L' ouvrage et à L ' entrepreneur . En Cas de vice de matériau " A.J.P.I 1971 P. 756 .

- G.Liet - Veaux : " La loi du 4 janv. 1978: Quels fabricants sont soumis à la présomption de responsabilité décennale ?" G.P. 1979, 1, dact . p. 327.

- C.STORA " L'obligation de garantie et la responsbilité des fabricants de materiaux " A.J.P.I. 1980 pp. 213 et suiv.

- J. BIGOt : la nation de compasamt" R.TD.I.1980 P. 132 et 5.

- ياقوت : المرجع السابق ، بند ٢٢ ص٥٦ وما بعدها .

دون تعديل فيها، وبالمطابقة للقواعد والتعليمات التى وضعها الصانع نفسه ".

ويكون فى حكم الصناع بالنسبة لتطبيق هذه المادة :

ذلك الذى يستورد عملاً، أو جزءاً من عمل، أو عنصراً تجهيزياً له تم صنعه بالخارج.

ذلك الذى يقدم ذلك المصنوع على أنه من صنعه، وذلك بوضع اسمه، أو ماركة مصنعه، أو أى علامة أخرى مميزة له عليه (١٠٢).

٢) مبررات إضافة لأحكام هذه المسئولية الخاصة

ويكاد يجمع الفقه الفرنسى، على أن هذا أكبر تجديد أتى به المشرع الفرنسى، بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، وأنه من التجديدات التى لم يكن بمقدور غير المشرع إدخالها بدلا عنه (١٠٣)

---

(١٠٢) انظر فيما سبق الصيغة الفرنسية للنص. هامش ٢٦ ص ٤٦٦.

(١٠٣) انظر، مالنقووجستاز : المرجع السابق بند ١٧٥، ص ١٩٨، لابان : " مسئولية المهندسين المعماريين والتامين منها رسالة باريس ١٩٧٨ ص ٣١١، ويقرر أن هذه الحماية لها ما يبررها فى الواقع العملى، جروسليير : " Glossaire pour , la responsabilité , en matière de construction " Mélange ...ébroud P. 404 et 405.

انظر فى دوافع هذا التجديد الذى أتى به المشرع الفرنسى: تقرير ...نة سبينيتا سالف الذكر، الصفحات من ٢٠ : ٢٤، ٢٦، من ٣٠ : ...، من ٧١ - ٧٣، وانظر أيضا، بوبلى : المرجع السابق بند ٨ ... ص ١٩٣ : بيلان BElin وبيتيكوفير Butikofer " العقود والمسئولية والتأمين فى مجال البناء " ط. المونيتير=

ذلك أن المشرع الفرنسى ،وقد رأى مدى تدخل الصناعة الحديثة بفنونها المختلفة ،وما بلغته من تقدم علمى كبير فى مجـــال التشييد والبناء ،مما انعكس على هذا الميدان بالتقدم والازدهار، نتيجة استعماله لآليات حديثة ،وأساليب متطورة ولا شك أن لكل هذا مغارمه ،كما له مغانمه ،أدرك ذلك المشرع عدم كفاية القواعـــد العامة للمسئولية ،عقدية كانت أم تقصيرية ،لتأمين مجال التشييد والبناء فى ثوبه الجديد ،وفى ظل هذا الغزو التكنولوجى والصناعى الذى لم يدع كبيرة ولا صغيرة فى فن البناء إلا وتدخل فيها بـــدور مباشر أو غير مباشر .

لذلك فان المشرع الفرنسى ألفى نفسه مجبرا إلى عدم إغفال دور الصانع الذى أخذ - فى النصف الأخير من هذا القرن - يتزايـــد باستمرار فى عملية البناء والتشييد ،خصوصا بعد أن انتشـــرت فكرة إقامة المساكن - أو الأجزاء منها - سابقة التجهيز ،بحيث أصبح دور المقاول يقتصر فقط على تركيب أجزاء هذه المساكن ،بضم بعضها إلى بعض ،كما وضعها الصانع فى مصنعه ،وبذلك تداخل دور كل من الصانع والمعمارى . إلى درجة غدا معها من غير المستساغ عدلا أو عقلا التفرقة بينهما فى المعاملة ،بحيث يخضع الصناع - مـــع تزايد أعدادهم باضطراد فى مجال التشييد والبناء - للأحكـــام العامة للمسئولية من عقدية وتقصيرية (١٠٤) بينما يخضع المعماريون

= ١٩٨٣ فصل ٣ ص ٧٩ ،كاستون : المرجع السابق/بنـــد ٤٢٩ ص ٢٠٢؛ الذى يرى أن المشرع قصد تجنب ما يثيره تطبيق القواعـــد العامة من متاعب سواء منها ما تعلق بالاختصاص أو الإثبات ، أو التقادم .

(١٠٤) طبقا لما استقر عليه القضاء الفرنسى ،انظر فـــى هذا الخصوص ،فى نطاق المسئولية العقدية : نقض تجارى فرنسى فـــى أول اكتوبر ١٩٧٠ ج . ك . ب ١٩٧١ - ٢ - ١٦٦٥٥ ،نقض مدنى فرنسى فى ٢٤ من إبريل ١٩٧١ ج . ك . ب م ١٩٧٢ - ٢ - ١٧٢٨٠ ،فى ٨ مـــن أكتوبر ١٩٧٣ ج . ك . ب ١٩٧٥ - ٢ - ١٧٩٢٧ ،فى ٤ من أكتوبر ١٩٧٧ =

للأحكام الخاصة بالمسئولية المشددة ،رغم عدم وجود اختلاف فى طبيعة عمل كل منهما يستدعى هذا الاختلاف فى المعاملة من الناحية القانونية .

هذا بالإضافة، إلى أن المشرع الفرنسى قد رأى فى إخضاع الصناع لقواعد المسئولية المشددة ،دفعا لهم إلى بذل المزيد من العناية بجودة منتجاتهم وإتقانها ،بحيث يدفعون بها إلى السوق ،وهم على ثقة كاملة فى صلاحيتها لأداء الغرض الذى خصصت له ،بل واستمرار هذه الصلاحية - على أقل تقدير - طوال المدة قدر المشرع كفايتها لاختيار هذه الجودة والتاكد من تلك

= جازيت دى باليه ٧٨- ١ - ٢٦٢ ،فى ٤ من ديسمبر ١٩٧٨، جازيت دى باليه ٣ إبريل ١٩٧٩؛ و ج . ك. ب ١٩٧٩ - ٤ ص ٥٨ وفى نطاق المسئولية التقصيرية : نقض مدنى فرنسى فى ٨ من إبريل ١٩٧٢ بيلتان ١٩٧٢ رقم ٢٣٣ ص ١٦٧ ،فى ٥ من ديسمبر ١٩٧٢ دالوز ١٩٧٣ ص ٤٠١ تعليق جون مازو ،نقض تجارى فرنسى فى ١٩ من مارس ١٩٧٤ دالوز ١٩٧٥ ص ٦٢٨ تعليق مالنفو ،فى ٢٣ من مايو ١٩٧٨ جازيت دى باليه ٢٥ أغسطس ١٩٧٨ موجز ص ٥،فى ٢٦ من يونيو ١٩٧٨ بيلتان ١٩٧٨ رقم ١٧٧ ص١٥٥ ، استئناف باريس فى ٢١ من مارس ١٩٧٩ جازيت دى باليه ١٧ نوفمبر ١٩٧٩ .

ويؤسس القضاء الفرنسى قضاءه هذا على أساس المادتين ١٣٨٢، ١٣٨٣ مدنى انظر فى ذلك : كاستون : مقال " Les actions ouvertes........." سابق الإشارة ص ٧٥٦، ٧٥٨ ،مقاله " إصلاح المسئولية والتأمين فى مجال البناء " الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٧٨ ص ١٠١ عمود ٢ ،والمرجع السابق، بند ٤٢١ - ٤٢٤ ص ١٩٨ وما بعدها . وبند ٤٢٧ - ٤٢٩ ص ٢٠١ - ٢٠٢، ستورا المقال السابق ،ص ٢١٤ عمود ١ ،لابان : رسالته السابقة، ص ٣١١، مالنفو ومتاز المقال السابق، بند ٥٧ ،المرجع السابق ؛ بند ١٦٥ص ، ١٨٧ وما بعدها ،جروسلبير : الهامش السابق ،مودرن المقال السابق ص ٤١ عمود ٢ ،زيرفليه " النظام الجديد للضمان والتأمين فى مجال البناء، بعد قانون ٤ يناير ١٩٧٨ . الـ Administrer أكتوبر ونوفمبر ١٩٧٨ ص ٤ ، ٥، محسن شفيق: المرجع السابق، بند ٣٤-٣٦- ص ٣٢ ومابعدها .

الملاحية (١٠٥).

فضلا عن أن هذا التطبيق لقواعد المسئولية المشددة على الصناع، سوف يترتب عليه القضاء على ازدواجية وصف الخطأ بالنسبة للصانع، تلك الازدواجية، التى أملاها تطبيق القواعد العامة للمسئولية - من عقدية وتقصيرية - على الصانع، طبقا لما إذا كان مدعى الخطأ هو المقاول أم رب العمل (١٠٦). ولاشك أن من شأن هذه الازدواجية أن تتعقد قواعد المسئولية المدنية، تعقيدا مبالغا فيه، من غير داع لذلك، خصوصا إذا ما نظرنا إلى ما بين قواعد كل من المسئولتين من اختلافات جوهرية، فى أكثر من ناحية، يتقضيها اختلاف طبيعة كل منهما (١٠٧).

---

(١٠٥) مالنفو : مقال " المسئولية المدنية للصانع ...." سابق الإشارة بند ٤٠، محسن شفيق : المرجع السابق بند ١٢٤ ص ١٢٩ محمد عبد القادر على الحاج : رسالته السابقة، ص ٤٤.

(١٠٦) بيان ذلك؛ أنه طبقا لهذه القواعد، فإن خطأ الصانع يوصف أحيانا بأنه خطأ عقدى، بينما فى أحيان أخرى يوصف بأنه خطأ تقصيرى، طبقا لما إذا كان من يدعى هذا الخطأ هو المقاول - حيث يربطه بالصانع عقد بيع أو عقد توريد - أو رب العمل، وهو، فى الغالب، لا يربطه بالصانع أية رابطة عقدية، وبالتالى لا تكون مسئولية الصانع فى مواجهته - طبقا للقواعد العامة - إلا تقصيرية، طبقا لأحكام المادتين ١٣٨٢، ١٣٨٣ من القانون المدنى.

انظر فى تفصيل ذلك : كوستا : المقال السابق، ص ٣٩ كاستون: مقال " les actions ouvertes . . . . " ص ٦٥٧ - ٦٥٩.

كاريلا : المرجع السابق، فصل K ص ١ - ٦، مالنفو وجستار: المرجع السابق، بند ١٦٥ ص ١٨٧.

(١٠٧) ياقوت: المرجع السابق، بند ٢٢ ص ٥٩، وانظر فى أوجه الاختلاف بين أحكام كل من المسئوليتين : أحمد حشمت أبوستيت مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ بند ٤١٠ ص ٣٧٦، بند ٤١٩ ص ٣٩٣ عبد الحى=

٣) المقصود بالصانع فى مفهوم المادة ١٧٩٢ - ٤ مدنى مستحدثة :

ومن الملاحظ كذلك على نص المادة ١٧٩٢ - ٤ أنه لم يتعرض بالذكر لكل صانع بمطلق العموم ،وإنما قصد صناعا معينين على وجه الخصوص،استعمل فى تعيينهم معيارا موضوعيا ،قوامه مايشاركون به فى عملية البناء والتشييد من أعمال ،وبذلك تضمن النص معيارا مرنا ،يستوعب كل ما يدخل تحته من أفراد ،غير قاصر على أناس معينين بذواتهم (١٠٨). والمشرع الفرنسى باتخاذه هذا المعيار لتحديد الصناع الذين يسألون بالتضامن مع مؤجر العمل أو المقاول إنما يتسق بذلك - فى تقديرنا - مع مذهبه فى توسيع النطاق الشخصى لأحكام هذه المسئولية الخاصة ،بحيث تنطبق على كل من يشارك بعمل ما - بطريق مباشر أو غير مباشر - فى عملية التشييد دونما التفات إلى تخصص هذا المشارك أو صفته أو لقبه .

والمشاركة التى اتخذها المشرع الفرنسى معيارا،يتحددعلى أساسه الصناع الذين يخضعون لأحكام المسئولية المشددة،دون غيرهم من الصناع ،هى تلك المشاركة التى تتمثل إما فى تصنيع العمل كله ،أو تصنيع جزء منه ،أو عنصر تجهيزى فيه (١٠٩)بحيث يكون

= حجازى : مصادر الالتزام ط ٥٤ ص ٤١٦ - ٤٣٢ ،السنهورى الوسيط ج ١ مصادر الالتزام ط ١٩٦٤ بند ٥٠٩ : ٥١٥ ص ٨٤٧ - ٨٦٢.

(١٠٨) كوستا : المقال السابق،ص ٣٩ عمود ١ ،ستورا :المقال السابق،ص ٢١٦ عمود ٢،بلانكييل : المقال السابق،ص ٥٨٧ عمود ٢ .

(١٠٩) وقريب من هذا تعريف الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية المجلس الأوربى للمنتج .

" بأنه صانع السلعة فى شكلها النهائى ،أو صانع الأجزاء التى تتركب منها :

" Le terme (Producteur) désigne les fabricants de produit finis ou de parties .composants"

=

المصنوع مصمما ومنتجا للوفاء بمتطلبات معينة ومحددة سلفا وبذلك انحصر معيار التحديد ، فى ثلاث أنواع من الصناع :

١) صانع العمل : le fabricanr d un ounrage

وهو من يتولى تصنيع العمل المطلوب إقامته بالكامل فى مصنعه، ثم يتم نقله بعد ذلك إلى المكان الذى سيتم تركيبه فيه بمعرفة المقاول ، أو مؤجر العمل ، ويضرب الفقه الفرنسى مثالا ، لذلك ، بالصانع الذى يصنع مسبقا فى مصنعه منزلا خاصا بالكامل ، ثم يتم نقل أجزائه ، بعد ذلك ، إلى المكان الذى سيجمع ويثبت فيه بمعرفة المقاول (١١٠) ، وهو ما يعبر عنه بالمساكن سابقة التجهيز .

وعلى ذلك ، فصانع المنزل سابق التجهيز ، أيا كان تخصصه أو صفته أو لقبه ، يكون مسئولا بالتضامن مع المقاول أو مؤجر العمل - الذى قام بتركيب أجزاء هذا المنزل ، بضم بعضها إلى بعض وتثبيته - فى مواجهة رب العمل عن الالتزامات المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢ ، ٢/١٧٩٢ ، ٣/١٧٩٢ من التقنين المدنى . ولايغير من الأمر ، أن يقوم الصانع بنفسه بدور المعمارى ، الذى يتولى تركيب أجزاء المنزل سابق التجهيز ، الذى قام بتصنعيه مسبقا فى مصنعه ، إذ فى هذه الحالة ، يكون الصانع قد ضم إلى صفته كصانع ، صفة المعمارى ، وهو على أى من الصفتين خاضع لأحكام المسئولية الخاصة (١١١).

= وقريب منه أيضا ما جاءت به المادة الثانية من اتفاقية المجموعة الأوربية ، وكذلك المادة الثالثة من اتفاقية لاهاى . انظر فى ذلك : محسن شفيق : المرجع السابق ، ص ١٢٤ ، عبد القادر على الحاج : المرجع السابق من ص ٤٨ - ٥٥ .

(١١٠) بيجو : المقال السابق ، ص ١٢٣ ، والمرجع السابق ص ٧٠ ، ستورا : المقال السابق ، ص ٢١٧ .

(١١١) مالنفووجستاز : المرجع السابق ، بند ١٦٦ ص ١٨٩ ، ريرفليه : المقال السابق ، ص ١٤ عمود٢ ، ص ١٥ عمود١ .

٢) صانع جزء من عمل Le fabricant d'une partie douvrage

والجزء من العمل، الذى يخضع صانعه لقواعد المسئولية الخاصة، عشرية كانت أم ثنائية، هو عبارة عن عنصر تأسيسى أو تكوينى فى البناء، بمعنى أن البناء لن يتأسس أو يتكون أو لن يؤدى وظيفته التى شيد من أجلها إلا بضم هذا العنصر إلى غيره من العناصر التاسيسية أو التكوينية الأخرى .

ذلك أن هذا العنصر، إنما يضطلع بدور من الأدوار التى تحتويها الوظيفة التى من اجلها كان انشاء هذا البناء وتأسيسه، ويسوق الفقه الفرنسى أمثلة لهذه العناصر التاسيسية أوالتكوينية، بأعمال المنافع العامة وأعمال الأساسات وهياكل البناء والحوائط والمظلات (١١٢) .

وعلى ذلك، فإن صانع هذا الجزء أو العنصر التاسيسى أو التكوينى فى العمل يخضع - بفرض توافر باقى الشروط التى تطلبها المشرع - لقواعد وأحكام المسئولية المشددة، المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ مدنى بالتضامن مع المقاول، أو مؤجر العمل، الذى قام بتركيب هذا الجزء من العمل فى مكانه المخصص له من العمل ككل .

٣) صانع عنصر تجهيزى فى العمل

والعنصر التجهيزى الذى يخضع صانعه أيضا لأحكام وقواعد

---

(١١٢) تقرير سبينيتا: سابق الإشارة ص ٧٣، بيجو: الهامش السابق، مالنفوجستان: الهامش السابق، ستورا: هامش ١١٠ أعلاه، كاريلا: المرجع السابق . فصل K ص ٨ .

المسئولية المشددة، هو عنصر ليس من قبيل العناصر التأسيسية أو التكوينية، كما هو الحال فى صناعة الجزء من العمل، وإنما هو عنصر تكميلى، يصمم ويصنع مسبقا، ليؤدى فى البناء، دورا محددا ومعينا سلفا (١١٣).

ويمثل الفقه الفرنسى لهذه العناصر التجهيزيه بالقواطع، والفواصل الداخلية فى البناء، شبكة مواسير التغذية بالمياه، السخانات المركزية، وأجهزة التكييف المركزيه، واللامركزية، والمصاعد والتجهيزات الكهربائية والصحية، وبصفة عامة كل الآلات والأجهزة الميكانيكية أو الكهربائية التى يقوم المقاول أو مؤجر العمل بتثبيتها بحالتها التى سلمت بها اليه، فكل هذه الأشياء تعتبر من قبيل العناصر، أو المركبات التجهيزية، او التكميلية فى البناء، وتكون، فى العادة، مصممة ومصنعة مسبقا، كى تفى بوظيفة معينة ومحددة، تتفق وطبيعة كل منها (١١٤).

وعلى ذلك، فإن صانع مثل هذا العنصر التجهيزى أو التكميلى يكون مسئولا بالتضامن - إذا توافرت باقى الشروط - مع المقاول أو مؤجر العمل - الذى يقوم بتثبيت هذا العنصر فى موقعه من البناء - أمام رب العمل عن الأضرار التى تلحق هذا الأخير من جراء هذا المركب، وذلك دون تفرقة بين عنصر تجهيزى وآخر (١١٥).

---

(١١٣) كاريلا : فصل أ ص ٢٧ وما بعدها، بيجو : المقال السابق، ص ١٣٢، المرجع السابق، ص ٧١، مونتميرل وكاستون مرجعهما السابق بند ١٢٤ ص ٦١.

(١١٤) زيرفليه : المقال السابق ص ١٥ عمود ١، ستورا : المقال السابق، ص ٢١٧، كاريلا : الهامش السابق، مالنفو وجستاز المرجع السابق بند ١٦٦ ص ١٨٠، بيجو : المقال السابق ص ١٣٢، المرجع السابق ص ٧٦.

(١١٥) كاريلا : فصل K ص ٩، بيجو : الهامش السابق.

هؤلاء هم الصناع المعنيون بنص المادة ١٧٩٢ - ٤ من القانون المدنى الفرنسى، وهذا هو المعيار الموضوعى، الذى ارتضاه المشرع الفرنسى، لتعيين هؤلاء الصناع، وتمييزهم عن غيرهم من الصناع، الذين لايشاركون فى عملية البناء والتشييد، أو يشاركون فيها، ولكن لا تجئ مشاركتهم فى صورة عمل متكامل، أو جزء تأسيسى أو تكوينى فيه، أو فى صورة عنصر تجهيزى فيه، على النحو الذى بسطناه حالا .

٤) المنتجات التى يخضع الصانع بتقديمها، لأحكام هذه المسئولية :

هذا ولما كان نص المادة ١٧٩٢ - ٤ مدنى يقرر أحكاما استثنائية، تخرج عن القواعد العامة للمسئولية العقدية أو التقصيرية، فإننا نتفق مع الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى (١١٦) من ضرورة تفسير عبارات هذا النص، تفسيرا ضيقا، اتساقا مع القواعد العامة فى التفسير، بحيث لايجوز التوسع فيه أو القياس عليه، فينحصر بذلك نطاق تطبيقه فى المنتجات الصناعية، التى ذكرها على سبيل الحصر، والتى أوردناها حالا - دون غيرها من المنتجات الأخرى، التى يمكن أن تستخدم فى عملية التشييد والبناء .

---

(١١٦) روسيل : المرجع السابق 28 A § تقرير سبينينا : ص ٧٣ منه حيث استعمل لفظ Composants ، مالنقوجستاز : المقال السابق بند ٥٨ ، والمرجع السابق : بند ١٦٦ ص ١٨٩ وما بعدها ، كاستون : المرجع السابق، بند ٣٨٤ ص ١٨٠، بوبلى : المرجع السابق، بند ٣٠٩ ص ١٩٤ - ١٩٥ ، بيجو : المرجع السابق، ص ٧٥ - ٧٦ ، كاريلا : المرجع السابق، فصل K ص ٧٠ وانظر فى الفقه المصرى : ياقوت : المرجع السابق ، بند ٢٢ ص ٦٠ .

وجه ذلك؛ أن المشرع الفرنسي، وقد اقتصر في الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٤ مدني على ذكر هذه المنتجات الصناعية فقط، ولم يورد غيرها، وهو في مجال البيان، فإن أقل ما يستفاد من موقفه هذا، أنه أراد الاقتصار على تلك المنتجات دون غيرها. والاقتصار في موقف البيان يفيد الحصر - لما قدره من أن عدم سلامة هذه المنتجات دون غيرها، سيترتب عليه التأثير في سلامة البناء ومتانته، أو جعله غير صالح للهدف الذي أقيم من أجله أو أنه يؤثر في حسن تشغيله، وينتقص من تمام كفاءته لأدائه لوظيفته. والقول بغير ذلك يترتب عليه أن يخضع للمسئولية التضامنية مع المقاول أو مؤجر العمل، جميع منتجي مواد البناء، الأمر الذي يتنافى - في تقديرنا - وقصد المشرع الفرنسي، كما تعبر عنه الأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر (١١٧).

وعلى ذلك، فتطبيقا لمبدأ التفسير الضيق لعبارات نص المادة ١٧٩٢/٤ من التقنين المدني الفرنسي، فإنه يستبعد من نطاق تطبيق هذا النص صناع أو موردوا المواد الأولية، التي تستخدم في البناء، سواء كانت موادا خاما، كالرمل والأحجار والاسمنت والخشب والحديد ..... الخ، أو كانت موادا نصف مصنعة كالأنابيب، والمواسير، والأسلاك والأغلفة على اختلاف أنواعها، ذلك أن هذه المواد، وإن كانت مما يستخدم بالفعل في صناعة البناء، إلا أنها لا تصمم وتنتج مسبقا، لكي تفي بأغراض خاصة بالبناء أو وفقا لمواصفات دقيقة، معينة سلفا، وإنما تنتج لأغراض أخرى متنوعة، قد تكون الأغراض المعمارية من ضمنها، لكنها ليست مقصورة عليها (١١٨)

---

(١١٧) انظر المراجع المشار إليها بالهامش السابق. وعلى وجه الخصوص: ياقوت: المرجع السابق هامش ١٠٨ ص ٦١.

(١١٨) ليتحو: مقال: " Quel Fabriconts sont soumis ... " جازيت دي باليه ١٩٧٩ - ١ - ص ٣٢٨ .=

و) شروط المسئولية التضامنية للصانع :

إن إخضاع الصانع لأحكام المسئولية الخاصة - محل الدراسة - بالتضامن مع المقاول أو مؤجر العمل ،فى مواجهة رب العمل ،لم يأت مطلقا من كل قيد ،بل جاء مقيدا بشروط معينة ، استلزم المشرع الفرنسى توافرها للقول بانعقاد هذه المسئولية ،وهى شروط -ولاشك - تستوجبها ذات العدالة التى أملت على الشارع الفرنسى إخضاع الصناع لأحكام هذه المسئولية ،كما يتقضيها إقامة التوازن فى العلاقات التى تتم بين أفراد المجتمع (١١٩).

= والمرجع السابق : ص ٣٨٤ وما بعدها . بيجو : المقال السابق، ص ١٣٥ فى الخاتمة ،مونتميرل وكاستون : المرجع السابق بند ١٢٤ ص ٦١ ،ياقوت : الهامش السابق .

(١١٩) ويناقش جانب من الفقه الفرنسى طبيعة هذه الشروط؛ عما إذا كانت شروط تحقق للمسئولية التضامنية للصانع أم هى أسباب للإعفاء منها (بوبلى : مقال : " La responsabilité des constructeurs sous la loi du 4 janv. 1978. R. T . D . I 1979, 1, P. 13"

كوستا : المقال السابق ، ص ٣٩ ،كاستون : المرجع السابق بند ٤٣٤ ص ٢٠٥ ،مالنفو وجستاز : المرجع السابق ، بند ١٦٩ ص ١٦٢)ويقرر هذا الفقه أن الفائدة العملية لذلك ،تكمن فى مجال الإثبات ،فإذا قيل بأن هذه الشروط، شروط تحقق للمسئولية ،تعين على رب العمل إثباتها ،حتى تقوم المسئولية التضامنية فى جانب الصانع ،أما إذا اعتبرت أسبابا للاعفاء من المسئولية ،تعين على الصانع إثبات عدم توافرها ،أو عدم توافر إحداها حتى يتمكن من التحلل من هذه المسئولية التضامنية ،التى سلط المشرع الفرنسى سيفها على جيده (انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى بداية الهامش بوبلى : المرجع السابق . بند ٢١٥ ص ١٩٧ . الذكيرى أن إعفاء رب العمل من إثبات توافر الشروط هو مما يتمشى مع روح الإصلاح الذى يهدف إلى تحقق أكبر قدر ممكن من الحماية لرب العمل).

ونحن من جانبنا لانرى لهذا الفقه أهمية عملية تذكروبالتالى فليس له، فى نظرنا، من أهمية قانونية ،إن القانون مناط وجوده العمل، ولا شك أن قانونا لايعمل به ،أو لامجال للعمل به ،هو والعدم سواء فالقانون وسيلة لاغاية . =

وهذه الشروط ،كما تتضح لنا من النص التشريعي ،منها ما كان مناطه الأشخاص ،كما أن منها ما يتعلق بالمنتج ذاته . سواء في تكوينه ،أو الغرض منه ،أو في طريقة وضعه وتركيبه .

فأما ماكان مناطه الأشخاص منها ،فمتعلق بالصانع الذي قام بصنع العمل أوالجزء من العمل أو العنصر التجهيزي له .

فالصانع حتى تنعقد مسئوليته التضامنية - مع توافر باقي الشروط الأخرى بطبيعة الحال - يجب أن يكون هو الذي قام بتصميم المنتج بنفسه ،بناء على مواصفات وأبعاد ونسب عينها ،كي يؤدي المنتج ،في نظره - هدفه الذي أنتج له . وأن يكون كذلك هو الذي قدم المواد التي صنع منها المنتج (١٢٠)

= أما عدم أهميته العملية ،فذلك أن كلا الخصمين يعملان متزامنين في مجال الإثبات ،فحيث يعمل من يكون إثبات توافر هذه الشروط في صالحه على إثباتها . يعمل من يكون نفي وجودها محققا لمصلحة -وفي ذات الوقت- على نفيها ،وهكذا الإثبات دائما كما قال المرحوم الاستاذ الدكتور السنهوري (الوسيط : ج ١ بند ٤٢٩ ص ٧٤٠ وهـ ١ ص٧٤٢) كالكرة في حالة الحركة ،لاتكاد يقذف بها في أرض فريق ،حتى يسارع الطرف الآخر ،ودون إبطاء منه - إلى ردها إلى أرض خصمه ،فالصانع لن ينتظر حتى ينتهي رب العمل أوالمقاول من إثبات توافر هذه الشروط ،حتى يقوم هو من جانبه بإثبات نفيها وإنما يعملان متعاصرين ،كل يبغي تحقيق مقصوده ،من إثبات توافر أو نفي وجود.

انظر في ذات المعنى : كوستا : المقال السابق ،ص ٤٠جالشيه : المقال السابق ، ص٤٦ عمود ١ ،مالنفو وجستاز : المقال السابق ، بند ٦١ ،ستورا : المقال السابق ، صفحة ٢١٥ آخر عمود (١) وأول عمود (٢) ،كاريلا : المرجع السابق ، فصل K ص ١٢) .

(١٢٠) بيجو : المرجع السابق،ص ٧١ وما بعدها ،والمقال السابق ص ٣٤ . كاستون : المرجع السابق بند ٤٣٥ ص وما بعدها ، والمقال السابق ص ١٠٢ . مونتميرل وكاستون : المرجع السابق بند ١٣٧ ص ٩٢ .

والذى يحدث عملا ،هو أن يقوم المهندس المعمارى،أو المشرف على العمل ،أو منفذه،بطلب منتج معين من الصانع ،كى يفى بغرض معين فى البناء ،فيقوم الصانع من جانبه بوضع التصميم المناسب لهذا المنتج ،وتحديد المواصفات والأبعاد والنسب المعينة،التى يراها ضرورية لإنتاج المنتج المطلوب ،ثم يقوم بتنفيذه بمواد من عنده .

من هنا لاحظ المشرع الفرنسى ،أن بعضا من مهمتى تصميم العمل وتنفيذه قد انتقل إلى الصانع ،أو بعبارة أخرى ،فإن الصانع يكون،بتصميمه وتنفيذه لهذا المنتج ،قد شارك فعلا ،فى تصميم وتنفيذ العمل حالا بذلك - وفى حدود هذا المنتج - محل مصمم العمل ومنفذه ككل .

لذلك ،كان حريا بالمشرع - وقد أبصر الصانع مساهما فى التصميم والتنفيذ ،أو فى أحدهما - أن يجعله مسئولا بالتضامن، فى مواجهة رب العمل ،مع من يقوم بتركيب هذا المنتج وإدماجه فى العمل المطلوب تشييده ،عما يقع على عاتق هذا الأخير من التزامات نصت عليها المواد ١٧٩٢ ،١٧٩٢/٢ ، ١٧٩٢/٣ من التقنين المدنى الفرنسى (١٢١).

وعلى ذلك ،فإذا كان المهندس المعمارى أو المشرف على العمل أو المقاول ،هو الذى قام بنفسه بتصميم المنتج ،ووضع المواصفات والأبعاد والنسب المختلفة له ،وقدم للصانع المواد اللازمة للإنتاج ،بحيث لم يطلب من الأخير إلا التنفيذ ،بناء على هذا التصميم ،ومن نفس المواد المقدمة له ،فإن الصانع فى هذه الحالة لايكون - فى تقديرنا - مسئولا بالتضامن،طبقا لنص المادة

---

(١٢١) انظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق بمواضعها .

٤/١٧٩٢ مدنى فرنسى [١٢٢] لانعدام خطورة فى التصميم وبغرض عدم خطئه فى التنفيذ ،وهما المهمتان اللتان من أجلهما - أخضعه المشرع الفرنسى لهذه المسئولية التضامنية مع مدمج المنتج فى العمل .وإن كان هذا لايمنع من خضوعه للأحكام العامة فى المسئولية - من عقدية وتقصيرية - إذا اقتضى الحال ذلك .

وأما ما تعلق بالمنتج ذاته من الشروط ،فيمكن أن نوضحها على الوجه الآتى :

الشرط الأول : أن يكون المنتج -العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزى - مصمما ومنتجا كى يفى بأغراض محددة ومعينة سلفا .

تقضى المادة ٤/١٧٩٢ فى فقرتها الأولى بأن " الصانع لعمل أو لجزء من العمل ،أو لعنصر تجهيزى فيه ،مصمم ومنتج ،كى يفى فى حالة وضعه للخدمة ،بأغراض أو متطلبات محددة ومعينة مقدما يكون مسئولا بالتضامن [١٢٣]...."

ويلاحظ بادئ ذى بدء ،أن ورود الصفتين (مصمم ومنتج) بالنص ،فى صيغة المفرد أو حى للبعض من الفقه ،أن يعتبرهما قاصرتين على العنصر التجهيزى فقط ،دون المنتجات الأخرى ،من عمل متكامل ،أو جزء من عمل [١٢٤].

---

(١٢٢) مالم يكن قد خالف التصميم المقدم له ،أو غير فى مواد الصنع دون علم الطرف الآخر ،أو لم ينبه إلى عيب فى ذلك التصميم أو تلك المواد تبينه أو كان ينبغى عليه أن يتبينه بحكم عمله .

(١٢٣) انظر فيما سبق ،الصيغة الفرنسية للنص هامش ٢٦ ص ٤٦٦ .

(١٢٤) ياقوت : المرجع السابق : بند ٢٢ ص ٥٩ - ٦٠ .

ولكننا من جانبنا نرى أن هذا النظر لايستقيم مع السياق اللغوى للنص ،ولا يتفق مع مقصود المشرع الفرنسى ،وما يجرى به الواقع العملى فى هذا المجال .

فأما عن كونه غير مستقيم مع السياق اللغوى للنص :فبيانه؛ أن المشرع الفرنسى ،وقد استعمل حرف العطف الدال على إرادة تخير المفرد من بين المجموع وهو " أو OU " كان لا مندوحة من أن يأتى بالصفة فى صيغة المفرد المتخير، وليس فى صيغة المجموع (١٢٥) أما لو استعمل حرف العطف " و ET " وهو الذى يفيد الجمع بين الأشياء المفردة ،لكان المراد الجمع وليس المفرد ،ولوجب هنا، أن يأتى بالصفة فى صيغة الجمع المراد (١٢٦)

وأما عن كونه لا يتفق مع مقصود الشارع الفرنسى ،وما يجرى به الواقع العملى فى هذا المجال ،فبيانه؛ أن المشرع الفرنسى أراد أن ينظم تشريعيا صيغة من التعامل قد جرى بها العمل ،مؤداها أنه قد يعهد إلى صانع ما، بتصنيع منزل متكامل ،أو جزء من منزل أو عنصر تجهيزى له ،وفى كل حالة من الحالات الثلاث ،لكى يسأل هذا الصانع تضامنيا مع مؤجر العمل المعنى بالفقرة الأولى من المادة ٤/١٧٩٢ ، وجب أن يكون عمل الصانع هذا، فى أى صورة من صوره الثلاث، مصمما ومنتجا لكى يفى بأغراض محددة ومعينة سلفا ،فهذا الوفاء بالأغراض المحددة والمعينة مسبقا ،كما هو مطلوب فى الصورة الأخيرة

---

(١٢٥) القاموس المحيط : للفيروز آبادى ط ٢ : ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م مطبعة الحلبى ج ٤ ص ٣٠٣ . مختار الصحاح للرازى ط ١٤٠٥ - ١٩٨٥م مطبعة دار التنوير ،بيروت ص ٣٢ ،قاموس روبير فى اللغة الفرنسية . ط ١٩٨١ لفظ " Ou " ص١٣٢٩ .

(١٢٦) مختار الصحاح : سابق الإشارة ص ٧٠٥ : روبير: السابق فى اللغة الفرنسية . ط ١٩٨١ لفظ " Et" كاستون: المرجع السابق بند ٤٣٥ ص ٢٠٥ وما بعدها .

مطلوب أيضا فى الصورتين الأوليتين وليس قاصرا على الصورة الأخيرة منها كما يذهب هذا الرأى (١٢٧).

والمنتج يجب أن يكون معدا بقصد الوفاء بمقتضيات معينة ومحددة مسبقا بمعرفة مصمم العمل ككل، أو بمعرفة الصانع نفسه، وليس معدا للوفاء بأغراض عامة، بمعنى أن يكون المنتج (العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزى) مخصصا، فقط، من حيث تصميمه وإنتاجه، للوفاء بهذه الأغراض الخاصة (١٢٨)

ولا يلزم أن يكون تحديد هذه الأغراض التى صمم الشيء وأنتج من أجل الوفاء بها قد تم صراحة، وفى صورة تعاقدية، بل يجوز أن يتم ولو فى صورة انفرادية أى أن يتم تحديد هذه الأغراض وتعيينها بمعرفة المهندس المعمارى، أو المشرف على العمل أو حتى بمعرفة الصانع نفسه (١٢٩).

الشرط الثانى) أن يكون مؤجر العمل قد قام بتركيب المنتج دون أى تعديل فيه :

وهذا شرط اقتضته صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ / ٤ والتى تقضى بأن " الصانع .... يكون مسئولا بالتضامن عن ....(١٣٠) مع مؤجر العمل، الذى قام باستعمال أى من هذه الأشياء، دون تعديل،

---

(١٢٧) انظر فى نفس المعنى : جالشيه : المقال السابق، ص ٤٦ عمود ١ ،كوستا : المقال السابق ، ص ٣٩ ،ويعبر بكلمة Élément عن الصور الثلاث . بوبلى : المرجع السابق، بند ٣١٣ ص ١٩٦ ،كاستون: الهامش السابق ، المقال السابق ص ١٠٢ الذى يعبر عن أى صورة من الصور الثلاث بكلمة "الشيء" " la chose " مالنفو وجستاز : المرجع السابق، بند ١٧٠ ص ١٩٢ ، المقال السابق بند ٦٢.

(١٢٨) مودرن : المقال السابق، (٢٩ مايو ١٩٧٨) ص ٤٠ عمود ٣ ، روسيل § A 30 بيجو : المرجع السابق ص ٧٣

(١٢٩) مالنفووجستاز : هامش ١٢٧ أعلاه ، بيجو الهامش السابق زير فليه : المقال السابق ص ١٥ عمود ٢.

(١٣٠) انظر، فيما سبق، الصياغه الفرنسية للنص ، هامش ٢٦ ص ٤٦٦ .

ولا شك أن مؤدى هذا الشرط ، أن يقوم موجر العمل المعنى، بتركيب المنتج (العمل أو الجزء منه ، أو العنصر التجهيزى) وتشبيته فى موقعه من العمل الجارى تشييده ، دون أن يدخل عليه عند التركيب، تعديلا من جانبه ، يكون من شأنه أن يخرج بالمنتج عما خصص له ، بمعنى، أنه – أى هذا التعديل – يجعل الشىء المنتج غير صالح للوفاء بالأغراض المعينة والمحددة مقدما (١٣١).

وعلى ذلك ، فإذا أثبت الصانع أن المقاول أو مؤجر العمل الذى قام بتركيب الشىء المصنوع ، قد عدل فى هذا الشىء تعديلا – فى رأينا – من شأنه أن يخرجه عما خصص له ، بحيث يجعله غير قادر على الوفاء بالأغراض التى صمم وأنتج للوفاء بها ، صار الصانع بهذا الإثبات فى حل من التضامن الذى فرضه عليه نص المادة ١٧٩٢ / ٤ مدنى مع ذلك المقاول ، أو مؤجر العمل المعنى .

ويترتب على ذلك ، أن رب العمل لايكون له أن يطالب الصانع بتعويض الأضرار التى لحقته بسبب تركيب هذا الشىء المصنوع ، كذلك فلا يجوز للمقاول أو مؤجر العمل ، الذى قام بتركيب الشىء بعد التعديل فيه ، أن يرجع على الصانع بما كان يمكن أن يرجع به عليه ، لو لم يقم بتعديل الشىء المصنوع من جانبه ، فيتحمل بذلك مؤجر العمل المعنى كل مبلغ التعويض المقضى به عليه (١٣٢).

أما إذا كان التعديل الذى أجراه المقاول، أو مؤجر العمل الذى قام بتركيب الشىء ، من التعديلات البسيطة ، التى لا تخرج

---

(١٣١) انظر من الأعمال التحضيرية تقرير M. Pillet وثائق مجلس الشيوخ الفرنسى رقم ٥٦ ص ١٧ الجريدة الرسمية محادثات مجلس الشيوخ ٣٠ نوفمبر ١٩٧٧ ص ٢٥٤٧ – ص ٢٥٤٩ . وانظر أيضا : كوستا ، المقال السابق . ص ٤٠ ، بيجو : المرجع السابق ص ٧٤ والمقال السابق ص ١٣٤ ومابعدها مودرن : المقال السابق ص ٤١ عمود ٣ .

(١٣٢) مودرن: الهامش السابق، عمود٢، جالشيه : المقال السابق ص ٤٦ عمود ١، زيرفليه : المقال السابق، ص ١٥ عمود ٢.

بالشئ عما خصص له ، فإن الصانع لايستطيع أن يتحرر بمقتضاها من التضامن المشار إليه ،وبالتالى ،يكون ملتزما مع المقاول، أو مؤجر العمل ، الذى قام بالتركيب ،بتعويض رب العمل عن الأضرار التى لحقته من جراء هذا الشئ ،وهذا أمر تقتضيه فى رأينا العدالة، ويبرره مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود ،وتيسير التعامل بين أفراد المجتمع .

ويأخذ إتلاف الشئ عند تركيبه حكم التعديل، المخرج لذلك الشئ عن تخصيصه . بحيث يبرأ به الصانع كلية من التضامن المفروض عليه ،ويتحمل المقاول، أو مؤجر العمل المعنى، بكل مبلغ التعويض . كما بينا حالا (١٣٣).

ومما تجدر الإشارة إليه ،أن هناك جانبا من الفقه الفرنسى (١٣٤) ،يصف هذا الشرط بالغموض ،ويرى أنه سوف يثير صعوبات تتعلق بالتقدير .

ويبرر هذا الفقه قوله ،بأن هناك أحوالا سوف يتعذر فيها على المقاول، أو مؤجر العمل المعنى، تركيب المصنوع دون تغيير، يتقضيه تماسك العناصر المكونة للبناء ،وذلك كما يحدث كثيرا عند استعمال المواد العازلة أو اللاصقة عند التركيب ويسوق الاستاذان مالنفووجستاز(١٣٥) مثالا لذلك "... Il ya place pour le doute specialement à propos d'élément complexes tels qu' une toiture terrasse....

---

(١٣٣) روسيل: المرجع السابق § A 30 مالنفو وجستاز؛ المرجع السابق بند ١٧١ ص ١٩٣ ، المقال السابق . بند ٩٣ ،ستورا؛ المقال السابق ، ص ٥ آخر عمود (١) ، بيجو الهامش السابق ص ٧٤ .

(١٣٤) بيجو : المرجع السابق ص ٧٤ ،بلانكييل : المقال السابق . ص ٥١٧ عمود٢.

(١٣٥) الهامش الأسبق .

ولكن يلاحظ البعض بحق على هذا المثال أنه يتعلق بتعديلات في مواد مختلفة كل الاختلاف عن العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي فيه ، المقصود بالنص، وأنها إنما هي مواد قاعدية تستعمل - عند ضم بعضها لبعض - في تكوين المنتج المصنوع ، أو في ربطه مع غيره من المنتجات المصنوعة ، أو الأجزاء الأخرى في البناء[(١٣٦)].

أما فيما يتعلق بصعوبات التقدير ، فنرى إمكان الالتجاء فيها إلى الخبرة ، لتقدير مقدار التعديل أو التغيير المدعى به، وعما إذا كان من الجسامة بحيث يخرج الشيء المصنوع عما خصص له، ويجعله غير صالح للوفاء بالأغراض التي صمم وأنتج من أجلها، أم لا [(١٣٧)] .

<u>الشرط الثالث) أن يتم تركيب الشيء المنتج بالمطابقة للتعليمات التي يضعها الصانع نفسه :</u>

وهذا أيضا شرط تقتضيه الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ /٤ صراحة ، حيث تقضي هذه الفقرة بأن " الصانع ... يكون مسئولا بالتضامن عن .... مع مؤجر العمل الذي قام بالتركيب .... وبالمطابقة للتعليمات الموضوعة من الصانع " [(١٣٨)]

---

(١٣٦) كوستا : المقال السابق ، ص ٤٠ عمود (١) وانظر أيضا في مناقشة هذا الشرط تعليق: مسيو نيفيه : على حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٥ من مايو ١٩٧٩ ، وحكم محكمة استئناف ريوم في ١٢ من إبريل ١٩٧٩ جازيت دي باليه ١٩٧٩ - ٢ ص ٦٨٣ - مشار إليه في كل من : مالنفو وجستاز : المرجع السابق ص ١٩٣ كاريلا المرجع السابق ، فصل K ص ١١ هامش ٤٩ ، ياقوت : المرجع السابق ص ٦٤ هامش ١١٤ .

(١٣٧) قريب من ذلك : ستورا : المقال السابق ص ٢١٥ أول عمود ٢ . الذي يقرر أن المحاكم ستتولى مسئولية التقدير ، جروسليير المقال السابق ص ٤٠٥ وما بعدها .

(١٣٨) انظر ، فيما سبق ، النص باللغة الفرنسية هامش ٢٦ ص ٤٦٦ .

وتدلعبارة هذا النص على أن الصانع لايكون مسئولا بالتضامن مع المقاول،أو مؤجر العمل، عن الالتزامات التى تضعها المواد ١٧٩٢ ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ من التقنين المدنى على عاتق هذا الأخير ، إلا ، إذا كان هذا الأخير ،قد قام بوضع الشىء المصنوع (العمل أو الجزء منه أو العنصر التجهيزى له) بالمطابقة للتعليمات والإرشادات التى جاءت من الصانع نفسه (١٣٩).

مفاد ذلك ،أن مخالفة هذه التعليمات ،تحرر الصانع من هذه المسئولية التضامنية ،وتحمل المقاول أو مؤجر العمل بكل التعويضات التى تكون مستحقه لرب العمل ،ممايجعل الصناع يدركون أن وضع هذه القواعد والتعليمات هو، بلاشك، فى صالحهم (١٤٠).

والتعليمات التى يضعها الصانع بشأن منتجه ،عادةماتكون متنوعة بتنوع أهدافه من ورائها ،فالصانع يعلم جيدا أن مصنوعه هذا سينقل من مصنعة بمعرفة غيره ، إلى حيث سيتم تخزينه وحفظه حتى يتم وضعه وتركيبه فى المكان المخصص له بالبناء المراد تشييده ،ثم تشغيله بعد ذلك ،بمعرفة المقاول أو مؤجر العمل للتأكد من سلامته وسلامة تركيبه ،وأخيرا استعماله فى النهاية بمعرفة رب العمل ،كل هذه أمور تتم بالمصنوع فى غيبة من الصانع، لذلك لزم أن يضع هذا الأخير من التعليمات والقواعد ما يساعد غيره ويرشده، إلى أفضل الطرق،إلى نقل مصنوعه ،وتخزينه ،والمحافظة عليه،وكذلك كيفية تشغيله بمعرفة المقاول أو مؤجر العمل وكيفية

---

(١٣٩) مودرن : المقال السابق . ص ٤١ عمود (٣) ،كوستا المقال السابق ص ٤٠ عمود (١) جالشيه : المقال السابق : ص ٤٦ عمود (١) ،كاريلا : المرجع السابق : فصل K ص ١١ . جروسلير مقال : " إصلاح المسئولية فى مواد البناء" مجلة القانون والمدينة ١٩٧٩ عدد ٧ ص ١٦،والمقال السابق ص ٤٠٥ .

(١٤٠) كوستا : الهامش السابق ،ستورا : المقال السابق ص ٢١٥ أول عمود (٣) ،زيرفليه : المقال السابق ص ١٥ عمود (٢).

استعماله فى النهاية من قبل رب العمل (١٤١).

ويلاحظ أن صياغة النص ،قد جاءت فى صيغة الخبر، وليس فى صيغة الإنشاء، مما يدل على أن وضع الصانع لهذه التعليمات والقواعد إنما يتم تنفيذاً لالتزامه - المستقر طبقا للقواعد العامة - بإخطار عملائه بمثل هذه التعليمات والقواعد اللازمة للتعامل مع منتجاته الجديدة ،لاسيما الخطرة منها ،وكل ما يتعلق بسلامة هذه المنتجات ،وسلامة المتلقين لها ولو نزلوا (١٤٢).

وبالنتيجة لذلك ،يقرر الفقه الفرنسى، أن الصانع لايستطيع أن يتهرب من الضمان، المنصوص عنه بالمادة ٤/١٧٩٢ سالفة الذكر، بعدم وضعه لهذه التعليمات والقواعد ،لأن المقاول، أو مؤجر العمل، سيلتزم، فى هذه الحالة، باتباع الأصول الفنية العامة للمهنة، التى جرى العرف على اتباعها فى هذا الخصوص ،شأنه فى ذلك شأن كل من يتولى استعمال مصنوعات غيره ،ولاشك أن هذه الأصول الفنية العامة للمهنة، تعتبر، عند الضرورة، بمثابة التعليمات والقواعد التى يلتزم الصانع بوضعها ،باعتباره مشاركا - ولو بطريق غير مباشر - فى وضعها وثبوتها واستقرارها عن طريق مزاولته المهنة (١٤٣)

---

(١٤١) انظر من الأعمال التجضيرية تقرير مسيو Richomme وثائق الجمعية الوطنية رقم ٣٣٦٨ ص ٢٥٥ ،وتدخل مسيو Mathieu فى المناقشة ،الجريدة الرسمية مناقشات الجمعية الوطنية ١٩ ديسمبر ١٩٧٧ ص ١٩٨٠ .

(١٤٢) مالنفو وجستاز : المرجع السابق . بند ١٧٢ ص ١٩٤ المقال السابق ،بند ٦٤ .
كاريلا : المرجع السابق . فصل B ص ٢ ، ٣ .

(١٤٣) كوستا : المقال السابق ،ص ٤٠ عمود (١). مالنفو وجستاز : الهامش السابق . كاريلا : المرجع السابق ،فصل K ص ١١ ، ١٢ .

وعلى ذلك ،فإن الصانع لايستطيع أن يفلت من هذا الضمان، إلا إذا أثبت أن المقاول، أو مؤجر العمل، لم ينفذ، أو خالف، التعليمات والقواعد الموضوعة من قبله أو أنه - فى حالة عدم وجودها - خالف الأصول الفنية العامة والمستقرة فى هذا الخصوص، باعتبارها عرف المهنة .

ويلاحظ أن هذا الشرط وسابقه ،شرطان تقتضيهما العدالة، ويوجبهما مبدأ حسن النية فى التنفيذ ،ذلك أن الصانع، وقد سلم للمتعامل معه المنتج محل العقد، يكون، فى الحقيقة، قد فقد كل سيطرة على المصنوع ،وغدا لاعلم له بطريقة نقله، أو تخزينه، أو تركيبه ،أو استعماله ،جاهلا بكل مايحدث فيه من تغيير، أو تعديل ،لذلك، كان لزاما على الشارع الفرنسى - وقد أراد أن يخضعه للمسئولية التضامنية مع المقاول أو مؤجر العمل الذى سيتولى عملية إدماجه فى البناء - أن يشترط لتحقق هذه المسئولية أن يتم هذا التركيب أو الإدماج دون تعديل أو تغيير فى المصنوع، وأن يكون - من جهة أخرى - بالمطابقة للقواعد والتعليمات التى يضعها الصانع نفسه (١٤٤).

إذا توافرت هذه الشروط مجتمعة ،كان الصانع لعمل، أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزى فيه ،على الوجه الذى بيناه ،مسئولا بالتضامن مع المقاول أو مؤجر العمل الذى يتولى تركيب هذا المصنوع ،وتثبيته فى موقعه من العمل ،عن الالتزامات التى تقع على عاتق هذا الأخير فى مواجهة رب العمل (١٤٥).

---

(١٤٤) كوستا : المقال السابق ص ٣٩ ،ليت فو : المرجع السابق ،ص ٣٤٨ . ياقوت : المرجع السابق بند ٢٢ ص ٦٤ .

(١٤٥) ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا الخصوص ، أسبقية المشرع المصرى فى تقريره للتضامن الحقيقى بالنص الصريح (م ٦٥١ /١ مدنى) بين المهندس المعمارى والمقاول فى مواجهة رب العمل عن المشرع =

لذلك فإن هذا ينقلنا إلى دراسة هذا التضامن ، الذى فرضه المشرع الفرنسى على عاتق الصانع ،وذلك فيما يتعلق بأساسه وأشخاصه ،وموضوعه ،وآثاره ،وحكم الاتفاقات المتعلقة به (١٤٦).

= الفرنسى ، الذى لم يقرر تشريعيا هذا التضامن ،حتى بعد مساسى بالإصلاح التشريعى الشامل لأحكام هذه المسئولية الصادر به القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ،وأن ما قرره من تضامن بالمادة ١٧٩٢ - ٤ مدنى المستحدثة بالقانون المذكور إنما كان فقط بين الصانع وبين من يتولى تركيب مصنوعه وتثبيته فى موقعه من البناء ،وبالشروط الموضحة بالنص المذكور ،على ما سبق بيانه حالا بالمتن . أما فيما عدا ذلك ،فليس هناك من تضامن حقيقى بين المعماريين المشاركين فى تشييد العقار وهذا هو ما يذهب اليه غالب الفقه الفرنسى ،وبعض القضاء هناك .

انظر فى تفصيل هذا الموضوع ،بالإضافة إلى الفقه المشار إليه فى هامش ١٤٦ مكرر الآتى ،شكرى سرور ، المرجع السابق من بند ٢٧٤ ص ٣٠١ الى بند ٢٩٠ ص ٣١٥ .

(١٤٦) انظر بالإضافة إلى المراجع والمقالات المشار إليها فى هامش ١٠٣ ص ٥٠١ فيما سبق

Max - Noël : De la prétendue Solidarité de l'architecte et de l'entrepreneur à L'égard du maître de l'ouvrage " J.c.P. 1949, 1,744 , A.J.D.A. 1957. Doct. P.1-3. J.HUET : L'obliagtion in solidum et le jue de la solidarité , dans la responsalitité des constructeurs R.D.I 1983 , N° 1. pp. 11 et suiv.

٦) التضامن بين الصانع ،ومن فى حكمه ،وبين من قام بتركيب المصنوع :

أ) أساس التضامن :

وتضامن الصانع مع المقاول أو مؤجر العمل ، الذى قام باستعمال المنتجات المصنوعة فى البناء ،فى مواجهة رب العمل ليس - بطبيعة الحال - تضامنا اتفاقيا ،وإنما هو تضامن قانونى فرضه المشرع الفرنسى على الصانع ،بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٤ مدنى التى تقضى " بأن الصانع لعمل .... يكون مسئولا بالتضامن فى مواجهة رب العمل ،مع من قام بوضع هذا الشىء فى موقعه من البناء ،عن الالتزامات التى تثقل هذا الأخير (١٤٧).

فالتضامن هنا ،أساسه القانون وليس الاتفاق . ذلك أنه لاتوجد بين الصانع ورب العمل ،أى رابطة تعاقدية ،يمكن أن ينص فيها على التضامن ،كما أنه قد لا توجد هذه الرابطة احيانا بين الصانع ومن قام بتركيب أو وضع المنتج فى مكانه من البناء حالة شراء هذا الأخير للمنتج من تاجر وسيط كما هو غالب الأحوال(١٤٨)

ب) أشخاص التضامن

هذا عن أساس تضامن الصانع . أما عن أشخاصه ،فهذا يقتضينا التعرض لبيان ،مع من يكون هذا التضامن ؟ ولمصلحة من قرره القانون ؟

---

(١٤٧) راجع فيما سبق النص باللغة الفرنسية هامش ٢٦ ص٤٦٦ .

(١٤٨) كاستون : المقال السابق : ص ١٠٢ عمود (١) ،ماكس نو يل : المقال السابق ص ١ ،بلانكييل : المقال السابق ص ٥٨٧ جيروم هيث : المقال السابق ص ١١ بند ١ - ٣ ،بياقوت :المرجع السابق بند٢٢ص ٦٤.

أما عن بيان مع من يكون هذا التضامن ،فقد انقسم الفقه الفرنسى إلى فريقين : يذهب الفريق الأول منهما(١٤٩) إلى أن التضامن لايكون إلا مع المقاول الذى يتولى بنفسه وضع المنتج المصنوع (العمل أو الجزء منه أو العنصر التجهيزى له) فى مكانه من البناء ككل .

ويترتب على ذلك ،أن هذا التضامن لايسرى على الصانع، إذا ما قام بوضع المنتج المصنوع فى مكانه من البناء شخص آخر غير المقاول الأصلى،المكلف أصلا بمهمة التنفيذ،كالمقاول من الباطن أو المهندس المعمارى ،أو المهندس الإنشائى ،أو مكتب دراسات معمارية ،أو حتى المقاول الأصلى نفسه إذا لم يقم هو شخصيا بوضع المنتج المصنوع فى موضعه من البناء ،وإنما كلف غيره بوضعه، ولا ،كذلك ،غيره من المقاولين الذين لم يقوموا بهذه المهمة .

ويستند هذا الفريق من الفقه ،فيما ذهب إليه، إلى نص الفقرة الأولى من المادة ٤/١٧٩٢ مدنى فرنسى ،التى تقضى بأن الصانع يكون مسئولا بالتضامن عن الالتزامات التى تضعها المواد ١٧٩٢، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ مدنى على كاهل مؤجر العمل الذى وضع موضع التنفيذ الشئ المصنوع " (١٥٠)وحيث إن هذا نص استثنائى فينبغى الوقوف عنده بحيث لايجوز التوسع فى تفسيره أو القياس عليه .

أما الفريق الثانى (١٥١) من الفقه الفرنسى ،فيرى أن فى

---

(١٤٩) زير فليه : المقال السابق ، ص ١٥ عمود٢ ليت فو : المرجع السابق ،ص ٣٨٥،جالشيه : المقال السابق،ص ٤٥ عمود (٢) ستورا : المقال السابق ،ص ٢١٥ عمود ١ .

(١٥٠) انظر، فيما سبق، النص باللغة الفرنسية هامش ٢٦ ص ٤٦٦

(١٥١) كاستون : المرجع السابق . بند ٤٣٧ ص ٢٠٦ كاريلا المرجع السابق ،فصل K ص ١٤، ٤ .

هذا القول إيجاد لذريعة التفلت من هذا الضمان ،وفتح لبـــــاب الهروب منه ، الأمر الذى يتنافى مع قصد المشرع ،ويذهب بالغايـــة التى توسل إليها بهذا الإصلاح ،وبيان ذلك ،أنه يكفى لإيقاف عمـــل هذا التضامن والعود إلى تطبيق القواعد العامة - مع ما يترتـــب على ذلك من تفويت لقصد المشرع - أن يكل المقاول الأصلى المكلـــف بالتنفيذ ،إلى غيره من تابعيه ،أو إلى مقاول من الباطن ،بوضـــع هذا المصنوع فى مكانه من البناء ،أو أن يتولى هذه المهمة شخـــص آخر غيره ،ولو لم يكن مكلفا منه بالقيام بها ،كالمهندس المعمارى أو الإنشائى أو مكتب دراسة معمارية إلى غير ذلك .

لذلك يذهب هذا الفريق إلى أن الصانع يكون دائما مسئـــولا بالتضامن مع المقاول الأصلى المسئول قانونا عن التنفيذ ،وبغـــض النظر عما إذا كان هو الذى قام بنفسه بوضع المصنوع فى مكانـــــه من البناء ،أو أنه أولى غيره هذه المهمة ،طالما أنه هو المسئـــول قانونا عن عيوب التنفيذ فى البناء ،وبذلك تنغلق ذريعة التفلـــت من هذا الضمان ،وتتحقق غاية الشارع من تقريره .

ونحن فى مجال الترجيح بين كل من المذهبين ،نسلم بســـداد ما يذهب إليه الفريق الثانى ،لاتفاقه مع قصد المشرع ومسلكه العام بالنسبة لهذه المسئولية ،وتحقيقه للهدف المبتغى من الإصـــــلاح وكذلك لاتفاقه مع مسلك القضاء الذى استقر عليه ردحا طويلا من الزمـن، والذى قننه المشرع الفرنسى بالقانونين رقمى ٣ لسنة ١٩٦٧ ، ١٢ لسنة ١٩٧٨، سالفى الذكر ، الذى يقضى - كما سبق أن بينا [١٥٢] بإخضاع كل من يقوم بعمل المقاول أو المهندس المعمارى لقواعد وأحكـــام المسئولية الخاصة بالمعماريين دون التفات إلى صفة ،أو توقف على لقب ،مع أنها دائما أحكام استثنائية ،تقررت لهدف معين ،لا تحققـه القواعد العامة .

---

(١٥٢) انظر فيما سبق، ص٤٢٧ وما بعدها .

وإذا كان النص بوضعه الراهن لايساعد على هذا القـــول " ..... à la charge du locateur d'ouvrage qui à mis en Œuvre ..." فلا نرى ثمة مانع يحول دون تعديله ليصبح "..... A la charge du locateur d'ouvrage qui a mis ou fait mettre en oeuvre ..." أى على عاتق مؤجر العمل الذى يضع أو يكلف غيره بوضع المصنـوع فى مكانه (١٥٣) وبذلك يكون النص أكثر اتساقا، مع السياسة التشريعية العامة التى تبناها المشرع الفرنسى، بالنسبة لقواعد وأحكـــام مسئولية المعماريين، كما تستبين من هذه الدراسة (١٥٤).

م) المستفيد من التضامن

وهذا التضامن الذى قرره المشرع الفرنسى على الصانـــع بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٤ مدنى إنما هو مقـــرر لمصلحة رب العمل (١٥٥) أى الذى يقام البناء لحسابه فعلا، وذلـــك هو مقتضى النص المذكور الذى ينص على أن الصانع مسئول بالتضامـن عن الالتزامات التى تضعها المواد ١٧٩٢، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ علـــى

---

(١٥٣) انظر ستورا : المقال السابق ص ٢١٥ عمود (١)

(١٥٤) قرب من هذا المعنى : مالنفو وجستاز : المقـــال السابق، بند ٦٥ حيث يقرر الفقيهان أنه ليس من المنطقى أن يعامل الصانع معاملتين مختلفتين تبعا لما إذا كان من قام بوضـــع العمل هو المقاول الأصلى أو مقاول من الباطن . وفى نفس المعنـى جالشيه : المقال السابق، ص ٤٥ عمود (٢) .

(١٥٥) زبر فليه : المقال السابق ، ص ١٥ عمـــود (٢) مالنفو وجستاز : المقال السابق، بند ٦٦ عمود (٢).

كاهل مؤجر العمل، الذى يقوم بوضع الشىء المصنوع، فى موقعه من العمل، وهذه الالتزامات التى يسأل الصانع عنها بالتضامن مع هذا الأخير، إنما هى التزامات مقررة لصالح رب العمل - تتلخص فى الضمانين العشرى والثنائى - لتوفير حماية قانونية فعالة له فى مواجهة المعماريين (١٥٦).

د) موضوع التضامن

أما عن موضوع هذا التضامن، فهو تضامن فى الالتزامات التى تضعها المواد ١٧٩٢، ١٧٩٢/٢، ١٧٩٢/٣ مدنى فرنسى على عاتق المقاول، أو مؤجر العمل، الذى يقوم بتركيب المصنوع ووضعه فى مكانه من البناء، وهذه الالتزامات المذكورة بالمواد السابقة، باعتبارها موضوع التضامن المفروض على الصانع تتلخص فى الضمان العشرى la garantie décemale وضمان كفاءة الأداء، أو ضمان حسن التشغيل أو التوظيف la garantie de bon fonctionnemant وقرينة المسئولية المقررة بالمادة ١٧٩٢ سالفة الذكر، وكما يقرر الأستاذ ليت - ثو. " أن التضامن هنا يعنى خضوع الصانع لقرينة المسئولية التى يخضع لها المقاول تماما (١٥٧).

وعلى ذلك فإن الصانع ومن فى حكمه، لايخضعون لأحكام ضمان تمام الإنجاز المنصوص عليه بالمادة ١٧٩٢/٦ مدنى فرنسى، ذلك الضمان الذى لايسرى إلا على المقاول فقط طبقا لصريح نص تقريره (١٥٨)

---

(١٥٦) انظر، فيما سبق، نص هذه باللغة الفرنسية هامش ٢٦ ص ٤٦٦

(١٥٧) ليت - ثو، المرجع السابق، ص ٣٨٤، ستورا: المقال السابق: ص ٢١٦ عمود (٢) زيرفليه: المقال السابق، ص ٤ عمود (١)،

(١٥٨) م ١٧٩٢/٦ فقرة ٢ مدنى فرنسى: Art. 1792 - 6 - ali. 2 (L. 78. 12, 4 janv. 1978)
" La garantie de parfait achèvement à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an....".

هـ) آثار التضامن

وأما عن آثار هذا التضامن ، فمنها مايرتبط بالعلاقة بين رب العمل من جانب، والمقاول ، أو مؤجر العمل، الذى يستخدم الشىء المصنوع والصانع من جانب آخر، ومنها ما يتصل بالعلاقة بين هذين الأخيرين.

(أ) فأما عن هذه الآثار بالنسبة لرب العمل : فهى أن المشرع بفرضه هذا التضامن على الصانع ، جعل بمكنة رب العمل مطالبة كل من المقاول أو مؤجر العمل والصانع ، منفردين أو مجتمعين ،(159) بإصلاح كل مالحقه من ضرر من جراء هذا المصنوع ، وله مطلق الحق فى اختيار الشخص الأكثر ملاءة منهما ، مقاولا كان أم صانعا ، وبذلك يتجنب رب العمل خطر إعسار أى منهما (160).

هذا هو الأثر الأصلى أو الجوهرى لهذا التضامن ، إلى غير ذلك من الآثار الثانوية مثل انقطاع التقادم فى مواجهة الصانع أو مؤجر العمل على أثر مطالبة أى منهما فقط دون الآخر (161).

---

(159) كاستون : المرجع السابق بند ٤٣٣ ص ٢٠٥ ، وقارن مالنفو وجستاز : المقال السابق بند ٦٦ حيث يتساءل الفقيهان عن إمكانية ذلك فى ظل الصياغة الراهنة للمادة ١٧٩٢/٤ مدنى .

(160) ليت فو : المقال السابق . ص ٣٢٧ عمود ١، كاستون المرجع السابق بند ٤٣٠ ص ٢٠٣، جالشيه : المقال السابق، ص ٤٥.

(161) م : ١٢٠٦ من التقنين المدنى الفرنسى . جالشيه : الهامش السابق كاريلا : المرجع السابق . فصل K ص ١٣٠.

كذلك عدم استطاعةرب العمل الرجوع على الصانع منذ ١/١/ ١٩٧٩ ، تاريخ سريان القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية [١٦٢] .

(٢) أما عن أثر التضامن فىالعلاقة مابين الصانع والمقاول فهذا يتوقف على معرفة ،على من رجع رب العمل بتعويضه : أعلى المقاول ،أم الصانع فقط ،أم على كليهما ؟

فإذا رجع رب العمل علىالمقاول فقط ،واستوفى منه مبلغ التعويض ،فهل يرجع هذاالأخير علىالصانع بمقتضى دعواه الشخصية قبله ؟ أم بمقتضى دعوى الحلول ؟ حيث يحل المقاول محل رب العمل فى حقوقه قبل الصانع نتيجة لقيامه بالوفاء لرب العمل بكل مبلغ التعويض ،فيستفيد بذلك بكل ما كان لهذا الأخير من ضمانات أخصها قرينة المسئولية المنصوص عنها بالمادة ١٧٩٢ مدنى .

يذهب الفقه الغالب فى فرنسا [١٦٣] إلى أن المقاول الذى أوفى لرب العمل بكل مبلغ التعويض ،ليس له أنيرجع على الصانع إلا بدعواه الشخصية قبله طبقا للمادة ١٦٤١ مدنى ،حيث يتعين عليه أن يثبت وجود عيب خفى فىالمصنوع ،وأن هذاالعيب كان موجوداوقت البيع ،كما وأنه هوالسبب فى حدوث الضرر الذى عوض عنه رب العمل . أما دعوى الحلول فليس للمقاول أن يرجع بها على الصانع : لأن مقتضىالرجوع بها ،هو استفادة المقاول من قرينة المسئولية ،المنصوص عنها بالمادة ١٧٩٢ مدنى ،وهذه القرينة

---

(١٦٢) ستورا : المقال السابق . ص ٢١٦ عمود (٢).
كاربلا : الهامش السابق .

(١٦٣) مالنفو وجستاز : المقال السابق،بند ٦٦ ،والمرجع السابق بند ١٧٤ ص ١٩٦،ستورا : المقال السابق،ص ٢١٨ عمود(١)
كاريلا : المرجع السابق . فصل K ص ١٤.

لايجوز أن يستفيد بها سوى رب العمل ، أو المتلقى عنه ، فهو وحده الذى اختصه المشرع بهذه القرينة .

بينما يذهب رأى فى الفقه الفرنسى ، إلى إطلاق حق المقاول فى اختيار الدعوى التى يرجع بها على الصانع ، سواء كانت الدعوى الشخصية ، أم دعوى الحلول ، وذلك طبقا للأحكام العامة فى الضمان التى ينبغى الاحتكام إليها ، مادام لم يوجد نص يقضى بالخروج عليها (١٦٤).

ونحن من جانبنا لانجد مسوغا معقولا لحرمان المقاول من الرجوع على الصانع بدعوى الحلول محل رب العمل فى حقوقه على الصانع ، ذلك أن هذا أمر تقرره القواعد العامة فى التضامن (١٦٥). تلك القواعد التى يجب إعمالها ، مالم يوجد نص من الشارع يقضى بمخالفتها ، ولا وجه للمغايرة فى هذا الخصوص بين المقاول والصانع والكيل لكل منهما بكيل مختلف ، رغم تطابق الموضع القانونى لكل منهما بالنسبة للتضامن .

وعلى أية حال ، فسواء تم رجوع المقاول على الصانع بمقتضى دعواه الشخصية قبله ، أم بمقتضى دعوى الحلول ، فلا يجب أن يرجع عليه بأكثر من حصته فى مبلغ التعويض .

أما إذا رجع رب العمل بكل مبلغ التعويض على الصانع (١٦٦)

---

(١٦٤) كاستون : المرجع السابق . بند ٤٢٥ ص ٢٠٠ .

(١٦٥) انظر المواد : ١٢٥١/ ٣ مدنى فرنسى والمادة ١/٣٢٦ مدنى مصرى .

(١٦٦) وإن كان يتشكك البعض فى ذلك : انظر مالنفوو جستاز المقال السابق ، بند ٦٦ عمود (٢) كما أن هناك من لايجيز لرب العمل أن يرجع على الصانع استقلالا (ياقوت : المرجع السابق بند ٢٢ ص ٦١ ، مازو وجيجلار: دروس ، بند ١٣٦٧ ص ٨٠٠ وانظر عكس ذلك جروسلير: المقال السابق ص ٤٠٥ ، حيث يقرر ان هذا هو من أهم الآثار التقليدية للتضامن .

وقام هذا الأخير فعلا بسداده ،فالفقه الفرنسى متفق على منحه الخيار فى رجوعه على المقاول بالدعوى الشخصية ،أو بدعوى الحلول ،طبقا لما يراه محققا لمصلحته ،شريطة أن يلتزم بأحكام الدعوى التى يرجع بها،وأن لايطالب المقاول بأكثر من حصته فى مبلغ التعويض (١٦٧).

أما فيما يتعلق بتحديدحصة كل من الصانع والمقاول فى مبلغ التعويض المدفوع لرب العمل ،فالإجماع منعقد على تحديدها طبقا للقواعد العامة فى التضامن،والتى تقضى بأن حصص المدينين المتضامنين ،تحدد طبقا لدرجة جسامة خطأ كل منهم ،وعند تعذر تقدير ذلك ،يقسم مبلغ الدين مناصفة بينهما (١٦٨).

٧) مدى تعلق هذا التضامن بالنظام العام :

تقضى المادة ١٧٩٢/٥ مدنى المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر بأن " كل شرط يدرج فى العقد ،بقصد منه ....استبعاد أو تحديد مدى التضامن المنصوص عليه بالمادة ١٧٩٢/٤ مدنى ،يعتبر كان لم يكن (١٦٩).

---

(١٦٧) ستورا : المقال السابق ،ص ٢١٨ عمود (١) الذى يقرر أنه إذا رفض رجوعه بدعوى الحلول فإن رجوعه لايمكن أن يكون مؤسسا إلا على أساس الخطأ المرتكب فى فترة التركيب .

(١٦٨) كاستون : المرجع السابق . بند ٤٢٦ ص ٢٠١ ،مالنفو وجستاز : المقال السابق . بند ٦٦ ،المرجع السابق بند ، ١٧٤، ص ١٩٦ ،ستورا : الهامش السابق .

(١٦٩) Art. 1792 - 5 (L. 78 - 12 , 4 janv. 1978) " Toute clause d'un contrat qui a pour objet.... soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'art . 1792 - 4 est réputée non écrite "

مفاد هذا النص إذن ، أن الاتفاقات التي تتم بين الأطراف والتي يقصد بها استبعاد هذا التضامن أو تحديد مداه ، تعتبر باطلة بطلانا مطلقا ، بمعنى أن هذا التضامن القانوني ، الذي فرضه الشارع الفرنسي على الصانع ، ومؤجر العمل ، الذي يقوم باستعمال مصنوعه ، بمقتضى المادة ١٧٩٢/٤ مدني فرنسي ، يعتبر من النظام العام ، بمقتضى النص الصريح على ذلك (١٧٠).

٨) أما عن كيفية تخلص الصانع ، من هذه المسئولية التضامنية ، فله في ذلك سبيلان (١٧١).

أولا) أن يثبت تخلف شرط من شروط تحقق المسئولية التضامنية تلك التي استلزمتها المادة ١٧٩٢/٤ فقرة أولى مدني فرنسي والتي سبق بيانها (١٧٢).

ثانيا) فإن لم يستطع أن يثبت تخلف أحد شروط تحققها فليس أمامه من سبيل للإفلات منها إلا بإثبات السبب الأجنبي ، على الأقل في أحد أحواله الثلاثة ، وبشروطه المعروفة (١٧٣).

---

(١٧٠) جالشيه : المقال السابق ، ص ٤٦ عمود ١ ، بلانكييل المقال السابق ، ص ٥٨٧ عمود ١ ، جروسليير : المقال السابق ، ص ١٦ .

(١٧١) جالشيه : الهامش السابق ، ستورا : المقال السابق ص ١٧ ، زيرفليه : المقال السابق ص ١٥ عمود (١) .

(١٧٢) انظر ، فيما سبق ، ص ٥١١ : ص ٥٢٣ .

(١٧٣) انظر في السبب الأجنبي بوجه عام : السنهوري الوسيط جـ ١ ط ١٩٦٤ من بند ٥٨٥ ص ٩٩٣ : بند ٥٩٧ ص ١٢١٧ الصدد المرجع السابق من بند ٤٥٨ ص ٤٩٦ : بند ٤٦٩ ص ٥٠٨ .

٩) الأشخاص الذينهم فى حكم الصانع

أ) من هم ؟

بعد أن فرغنا من بيان أحكام المسئولية التضامنية للصانع نعرض الآن لبيان الأشخاص الذين اعتبرهم الشارع الفرنسى - لغرض ما - فى حكم الصانع ،بمعنى أنهم مسئولون بالتضامن أيضا -كما لو كانوا صناعا -مع مؤجر العمل،المتعامل معهم .

تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤/١٧٩٢ مدنى بأنه "يكون فى حكم الصناع بالنسبة لتطبيق هذا النص (أى نص المادة ١٧٩٢/٤م)

- ذلك الذى استورد عملا أو جزءا من عمل او عنصراتجهيزيا فيه ،تم صنعه بالخارج .

- ذلك الذى يقدمه (أى العمل أو الجزء منه أو العنصر التجيزى) على أنه من صنعه بأن يضع عليه اسمه أو ماركة مصنعه أو أى علامة أخرى مميزة له "(١٧٤).

---

(١٧٤) Art. 1792 - 4 ali . 2 (L.78-12 , 4 janv. 1978) "

Sont assimilés à des fabricants pour l'application du présent article :

- Celui qui a importé un ouvrage , une partie d'ouvrage ou un élément d équipement fabriqué à l'étranger .

- Celui qui l' a présenté comme son oeuvre en faisant figurer sur lui son non ,Sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif"

وهذا النص مستوحى عن الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية المجلس الأوربى ،والفقرة الأولى من المادة الثانية=

ومقتضى هذا النص ،أن المشرع الفرنسى أخضع للمسئولية الخاصة بالمعماريين ،كل من استورد عملا ،أو جزءا من عمل، أوعنصرا تجهيزيا فيه ،يكون قد تم صنعه بالخارج . ومن يقدم مثل هذا المنتج ،على أنه من عمله ،وذلك بأن يضع عليه اسمه ،أوماركة مصنعه ،أو أى علامة أخرى مميزة لهذا الشخص (١٧٥) .

ليس هذا فحسب ،بل وجعلهما متضامنين فى المسئولية - شأنهما شأن الصانع تماما - مع مؤجرالعمل الذى يقوم بوضع هذا المصنوع فى موقعه من البناء ،بحيث تسرى عليهم ذات الأحكام التى سبق أن فصلناها بالنسبة للصانع (١٧٦)

ب) مبررات إخضاعهم للمسئولية الخاصة

والحقيقة أن المشرع الفرنسى ذهب بهذاالنص إلى أبعد مدى، فى التوسع فى بسط نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ،على أناس ليسوا من المعماريين بحال ،ولم يبرموا مع رب العمل عقد إجارة عمل ،بل كل صلتهم أنهم ابرموا مع المقاول أو مؤجر العمل - غالبا - عقد بيع منقولات استوردوهابعد أن تم صنعها بالخارج أو أظهروا أنفسهم بأنهم صانعوها (١٧٧) .

=من اتفاقية المجموعة الأوربية، والمادة الثالثة من اتفاقية لاهاى التى صدق عليها البرلمان الفرنسى فى ١١٨ إبريل ١٩٧٧، (J . O. 19 avr . 1977 p . 2275) انظرهذه النصوص فى : محمد عبد القادر على الحاج : المرجع السابق : ٤٩ ، ٥٢ ، ٥٤ ،على الترتيب . وانظر محسن شفيق المرجع السابق ص ١٣٤وما بعدها، جالشيه : المقال السابق ص ٤٦ عمود (١) .

(١٧٥) جالشية : الهامش السابق ،كوستا : المقال السابق ص ٣٩ عمود ١ ،ستورا : المقال السابق، ص ٢١٧، حيث يقرر: أنه ربما يكون فى النص حشو بعض الشيء.

(١٧٦) جالشيه : الهامش السابق، بلانكيبل : المقال السابق ص ٥٨٧ عمود ١ .

(١٧٧) ياقوت : المرجع السابق بند ٢٣ ، ٢٤ ص ٦٦ - ٦٩ .

والمشرع الفرنسى بهذا النص،أراد أن يقدم لرب العمل أوسع مدى من الحماية القانونية ،حيث يشتد عليه الخطب وتنغلق أمامه السبل ،فلا يستطيع أن يتوصل إلى الصانع الحقيقى للسلعة لوجوده فى بلد غير بلده ولخضوعه لنظام قانونى غير النظام الذى يحكم العلاقات الداخلية فى بلد رب العمل . نقول : بهدف حماية رب العمل فى مثل هذه الأحوال ،جعل المشرع المستورد لهذا المصنوع هوالمسئول عما يكون به من عيوب خفية يترتب عليها الحاق ضرر برب العمل بمعنى أنه جعل هذا المستورد فى حكم الصانع الفعلى لهذاالشىء (١٧٨) رغم وجود هذا الصانع بالخارج بل ومعرفته منقبل رب العمل .

كذلك - وإمعانا فى هذه الحماية - افترض المشرع أنه قد يصعب على رب العمل معرفة الصانع الحقيقى للمنتج ،حيث يظهر المتعامل معه بمظهر صانع هذا المنتج ،وذلك بأن يضع عليه اسمه أو ماركة مصنعه ،أو أى علاقة أخرى مميزه له . أو يعلن بأى وسيلة من وسائل الإعلان على أن هذا المنتج من عمله . ففى هذه الحالة أيضا جعل المشرع الفرنسى هذا الشخص فى حكم الصانع الحقيقى للشىء المصنوع ،وأخضعه لذات المسئولية التضامنية - التى أخضع لها الصانع - مع المقاول ،أو مؤجر العمل ،فى مواجهة رب العمل وذلك حتى لا تضيع الحماية التى أرادها لهذا الأخير (١٧٩) .

وبذلك أوجد المشرع الفرنسى بهذا النص ،مسئولا احتياطيا أمام ربالعمل ،يقتضى تعويضه منه ،عندما تنغلق عليه السبل إلى معرفة المسئول الحقيقى عن هذا المنتج ،أو الوصول إليه ،فجعل مستورد هذا المصنوع أو موزعه مسئولا بالتضامن مع مؤجر العمل

---

(١٧٨) ستورا : الهامش الأسبق ١٧٥ أعلاه ، بلانكييل :هامش ١٧٦ أعلاه .

(١٧٩) محسن شفيق:المرجع السابق ، ص ١٢٤ ،محمدعبدالقادر على الحاج : المرجع السابق ،ص ٤٩ .

عما ترتب عن هذا المصنوع من أضرار لحقت برب العمل ،شأنه تماما شأن الصانع الفعلى لهذا الشيء (١٨٠).

كذلك ،قصد المشرع الفرنسى ،إلى جانب حماية رب العمل هدفا آخر من الأهمية بمكان ،مفاده الضغط على المستوردين بتشديد مسئوليتهم ،حثا لهم على ألا يستوردوا إلا السلع السليمة الخالية من العيوب ،حتى لايغرق السوق بسلع معيبة ،تترتب عليها أضرارجسيمة تضر بصالح الاقتصاد الفرنسى (١٨١).

وينتقد جانب من الفقه الفرنسى (١٨٢)هذا الاتجاه من المشرع، مشككين فى جدواه ،ومحذرين من أنه سيؤدى إلى خوف المستوردين من استيراد السلع الأجنبية التى قد تكون لازمة وضرورية لمجال التشييد والبناء ،خوفا من الوقوع تحت طائلة هذه المسئولية ،خصوصا ،إذا علمنا أنهم - كغيرهم ممن يخضع لها - ملتزمين أيضا بالتأمين الإجبارى ضدها ،وكذا ضد الأضرار التى تحدث ،مع ما سيترتب على هذا الإحجام عن الاستيراد من أضرار بالاقتصاد الوطنى ،وعدم انسجام مع اتفاقية المجموعة الأوربية المعروفة باتفاقية روما،وكذا اتفاقية لاهاى حول القانون المطبق على مسئولية الصناع عن أضرارمنتجاتهم والتى صدق عليها البرلمان الفرنسى حديثا فى ١٨ من إبريل سنة ١٩٧٧ .

---

(١٨٠) ستورا : المقال السابق ،ص ٢١٧ ،جروسليير : المقال السابق، ص ٤٠٦ .

(١٨١) محمد عبد القادر على الحاج : المرجع السابق ص ٥٣.

(١٨٢) مالنفوجستان: المقال السابق بند ٥٩ المرجع السابق بند ١٦٧ ص ١٩٠ ،ويؤيدهما : ستورا : الهامش ١٨٠ أعلاه ،كوستا : المقال السابق . ص ٣٩ ،زير فليه : المقال السابق ص ١٥ عمود (١) وانظر أيضا : ياقوت المرجع السابق هامش ١٣٠ ص ١٦٨

(١٨٣) جالشيه : المقاله السابق . ص ٤٥ عمود ١ .

البند الرابع : الممول (المنمى) العقارى (١٨٤) أومتعهد البناء (١٨٤) مكرر

قبل أن نشرع فى بيان أساس ومدي خضوع الممول العقارى للمسئولية الخاصة بالمعماريين ،يحسن بنا أن نعطى نبذة مبسطة نعرف فيها الممول (المنمى) العقارى ،والمهنة التى يمارسها وطبيعة العقد الذى يبرمه مع رب العمل

١) تعريف الممول (المنمى) العقارى

لم يضع المشرع الفرنسى - كعادته ،وكغيره من الكثير من المشرعين - تعريفا للممول (المنمى) العقارى ،إلا أن الفقه

---

(١٨٤) انظرْ فى الممول العقارى بصفة خاصة :

من الفقه الفرنسى :

- R. BADINTER : " Aspects juridiques de l'activité de promoteur de construction immobilière " J.c.p. 1965 ,11, 1933.

- C.GIVERDON : " le contrat de promotion immobilière ,G.P. 1972 , 1, P. 213 .

- Ph. JESTAZ : " La compétence professionnelle du promoteur de construction immobilière " D. 1969 P. 71.

- ,, ,, ,, Le contrat de promotion immobilière " D. 1972 P. 198.

- ,, ,, ,, Faute du promateur syndiqué et responsalubilé syndicale D. 1971 P. 71.

- Ph. MALINVAUD et ph . JESTAZ : " Droit de la promotion immobilière " ed . 1980. P. D.

(١٨٤) مكرر - كما يسميه الأستاذ الدكتور شكرى سرور=

والقضاء الفرنسيين استطاعا - من خلال مجموع الالتزامات التى تتكون منها مهنة الممول (المنمى) العقارى - أن يتوسلا بذلك إلـــى تعريف له .

وهذه الالتزامات تضمنتها المادة ١٨٣١ - ١ من التقنين المدنى الفرنسى ،التى تنص على أن يتكفل الممول (المنمى) العقارى فـــى مواجهة رب العمل ،بأن يباشر بواسطة الغير ،فى مقابل ثمن متفـــق عليه ،وعن طريق إبرام عقود إجارة عمل أو عقود مقاولة . تحقيـــق مشروع تشييد بناء أو أكثر . كما أنه يباشر أيضا بنفسه أو بواسطة الغير ،ولقاء أجر متفق عليه ،كل أو بعض العمليات القانونيـــة والإدارية والمالية اللازمة لذات الغرض (١٨٥).

= المرجع السابق ص١٠٦ وآثرنا تسميته بالممول العقـــارى لغلبة جانب التمويل على غيره ،بالإضافة إلى أنه العنصر المستحـــدث فى الأمر ،والذى قصد من ورائه الهروب من أحكام هذه المسئوليـــة الخاصة .

(١٨٥) م ١٨٣١ - ١ مدنى فرنسى : Art . 1831 - 1 C.C.

" Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite " Promoteur immobulier " s'oblige envèrs le maître de l'ouvrage à faire procéder , pour un prix convenu , au moyen de contrats de louage d'ouvrage , à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle - même ou à faire procéder , moyennant une remuneration convenue , à tout ou partie des opérations juridiques , administratives et financières concourant au même objet. ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage .

=

من خلال هذه الالتزامات التي ذكرتها المادة ١٨٣١ - ١ كمضمون لعقد التمويل (التنمية) العقاري استطاع القضاء أن يعرف الممول العقاري بأنه: " ذلك الشخص - طبيعي أو معنوي - الذي يأخذ المبادرة، ويبذل العناية الرئيسية أو الأساسية بالعملية العقارية، فيتكفل بأن يسلم، أو يبيع، أو يورد، عقارا، مطابقا لقواعد الفن، وخاليا من العيوب (١٨٦).

وعلى ذلك، فإن القضاء الفرنسي قد اعتبر الممول العقاري ملتزما بالتزام بتحقيق نتيجة معينة، تتمثل في أن يسلم - بيعا

Il est notamment garant des vices cachés dans les conditions visées aux articles 1792 et 2270

Si le promateur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme , il est tenu , quant à ces opérations , des obligations de locateur d 'ouvrage"

ولقد أضيفت هذه المادة إلى المجموعة المدنية الفرنسية بالقانون ٥٧٩ لسنة ١٩٧١ الصادر في ١٦ من يوليو ١٩٧١ والمعمول به اعتبارا من ٣١/١٢/١٩٧٢، الذي أضاف إلى القانون المدني الفرنسي بابا جديدا تحت رقم ٨ مكرر (Titre VIII bis) بعنوان " عقد التمويل (التنمية) العقاري : " Du contrat de promotion immabilière متضمنا خمس مواد جديدة هي من المادة ١٨٣١ / ١ إلى ١٨٣١/ ٥ .

(١٨٦) انظر نقض مدني فرنسي (الدائرة الثالثة) في ، أول فبراير ١٩٧٢ بيلتان ١٩٧٢ - ٣ رقم ٧٥ ص ٥٣ ، وفي ١١ من ديسمبر ٧٣ =

وتوريدا - عقارا مطابقا لقواعدالفن وخاليا من العيوب (١٨٧).

كذلك يعرف بعض الفقه الفرنسى الممول (المنمى) العقارى بأنه الوكيل الاقتصادى، الذى يتولى تحقيق بناء، أو أكثر، كى يكسب ملكيته إلى واحد، أو أكثر، من الأشخاص، الذين يطلق عليهم متلقى الملكية (١٨٨)، أو هو الوكيل الاقتصادى الذىعن طريق قيامه بالأعمال الإدارية والقانونية، يضمن تحويل رأسمال نقدى إلى منتج عقارى تام الإنجاز.

كما يعرفه البعض الآخر، بأنه الشخص - طبيعى أو معنوى - الذى يتعهد بأن يشيد، عن طريق الغير، عقارا، أو قسما من عقار، والذى يتولى تنظيم عملية التشييد، وقيادتها على المستوى القانونى والمالى والإدارى حتى نهايتها (١٩٠).

= ج. ك. ب ١٩٧٤ - ٢ - ١٧٧٩٩ تعليق ن. جاكوب، فى ١٩، ٢٧ إبريل، ١٦ من مايو ١٩٧٧. الوقائع القانونية للملكية العقارية، ١٩٧٨، ص ٢١١ تعليق ر. برّان، فى ٢٢ من نوفمبر ١٩٧٧.

دالوز ١٩٧٨ إخطارات سريعة ص ٢١٢، فى ١٢ من اكتوبر، ١٣ من ديسمبر ١٩٧٩، المجلة الفعلية للقانون العقارى، ١٩٧٩ ص ٢١٠، فى ٩ من يناير ١٩٧٩، المكان السابق، ١٩٧٩ ص ٤٧٩.

(١٨٧) مالنفو وجستاز : المرجع السابق بند ١ ص ١. كاريلا. المرجع السابق، فصل أ ص ٣٦، سانت ألارى وآخر : المرجع السابق ص ٧٨.

(١٨٨) مالنفو وجستاز : الهامش السابق

(١٨٩) - كاريلا الهامش السابق ٨٧ أعلاه.

(١٩٠) سانت ألارى وآخر : المرجع السابق ص ٧٨، ويقترب هذا التعريف من التعريف القضائى، وقريب منه أيضا تعريف الاتحاد الوطنى للممولين المعماريين الذى تأسس فى فرنسا ١٩٦١ والذى عرف الممول العقارى بأنه " الشخص، الطبيعى او المعنوى، الذى مهنته، هى أن يأخذ المبادرة لتحقيق العملية العقارية، ويتحمل مسئولية التنسيق بين العمليات المختلفة من تصميم وتنفيذوتمويل وإدارة ....." الخ (ليت.فو، المرجع السابق ص ٢٠٣).

ونستطيع من خلال هذه التعريفات الفقهية والقضائية، أن نخرج بتعريف مبسط للممول (المنمى) العقارى بأنه : الشخص الذى يتولى - مقابل أجر متفق عليه - تحقيق العملية المعمارية ، التى يعهد بها إليه من رب العمل ، بمقتضى عقد التمويل العقارى، وذلك بالقيام بكل ما يتطلبه هذا التحقيق، من تمويل وإدارة وإبرام كافة التصرفات القانونية اللازمة باسم رب العمل ، حتى يسلم العقار تاما ، خاليا من العيوب .

٢) مهنة التمويل (التنمية) العقارى

مهنة التمويل العقارى، كما تبدو من التعريفات التى سقناها لكل من الفقه والقضاء الفرنسيين، تتمثل فى السيطرة التامة والإشراف الكامل على كل ما يتعلق بعملية التشييد ، سواء فيما يتعلق بإبرام العقود مع المختصين بالرسومات والتصميمات أو مع المقاولين والفنيين الذين سيتولون عملية التنفيذ على اختلاف ألوانهم وأشكالهم ، والتنسيق فيما بينهم ، والقيام بتمويل المشروع وبكل ما يتطلبه تحقيقه من إجراءات قانونية أو إدارية حتى لقد أطلق عليه البعض (١٩١)

ومهنة التمويل (التنمية) العقارى ، مهنة حديثة نسبيا، ظهرت فى فرنسا، فى أعقاب الحرب العالمية الثانية ، (١٩٢) فهى نوع

---

(١٩١) جيفر دون : مقال " عقد التمويل العقارى " جازيت دى باليه ٢١ من مارس ١٧٩٢ .

وانظر روسيل : المرجع السابق (§ A 54)

(١٩٢) ليت فو : المرجع السابق ص ٢٠٣ ، سانت ألارى وآخر : المرجع السابق ، ص ٧٧ ، كاريلا : المرجع السابق فصل I ص ٣٦ ياقوت : المرجع السابق، بند ٢٥ ص ٧٠ .

مستحدث،من أنواع النشاط البشري،أوحت به ظروف ما بعد الحربين وما أدت إليه - لاسيما الثانية منهما - من دمار وخرابه أتى على اللين واليابس،فى المناطق التى شملتاها ،فنشأت هذه المهنة كدور علاجى،لما يتطلبه إعادة تشييد ما هدم ،وإقامة ما قوّض، وبالسرعة التى تقتضيها ظروف تلك المناطق آنذاك ،من جهود مكثفة فنيا وماليا وإداريا .

٣) عقد التمويل العقارى

ويمارس الممول العقارى،أو متعهد البناء،مهنته عن طريق إبرام عقد تمويل عقارى يبرمه مع رب العمل هو،كما يبدو من المادة ١٨٣١ - ١ سالفة الذكر،عقد مختلط من مقاولة ووكالة مأجورة (١٩٣) .

أما الشق الأول وهو المقاولة،أوإجارة العمل،فينصب على الأعمال المادية والإدارية التى يباشرها الممول العقارى ،بينما ينصب الشق الثانى،وهو شق الوكالة المأجورة فى العقد،على الأعمال والتصرفات القانونية،التى يقوم بها لحساب رب العمل وباسمه،والتى تنصرف آثارها مباشرة إلى هذا الأخير وكانه هو الذى أجراها بنفسه (١٩٤).

---

(١٩٣) انظر،فيما سبق،النص الفرنسى للمادة المذكورة ص ٥٠١ هامش ١٨٥ بها وانظر أيضا : مالنفووجستاز : المرجع السابق،بند ٥٠٢ ص ٥١١ ،روسيل : 54 A § وبوبلى : المرجع السابق بند ٩٨ ص ٥٨ ،سانت ألارى وآخر : المرجع السابق ص ٨١ ،باقوته المرجع السابق،بند ٢٥ ص ٧١ هامش ١٣٧ بها .

(١٩٤) انظر نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٨ من مارس ١٩٧٧ ج . ك . ب ١٩٧٨ - ٢ - ١٨٩٤٥ تعليق Meysson وجازيت دى باليه ١٩٧٧ - ٢ ص ٤٢١ تعليق Biesse

٤) مدى خضوع الممول العقارى لأحكام المسئولية الخاصة :

استمر عقد التمويل (التنمية) العقارى ،تحكمه القواعد العامة، التى تخضع لها العلاقات التعاقدية بصفة عامة ،سواء فيما يتعلق بعملية التعاقد ذاتها ،أو فيما يتعلق بالمسئولية، التى تنجم عن الإخلال بواحد،أو اكثر،من الالتزامات التى يفرضها هذا العقد ،وهذه، بطبيعة الحال،مسألة بدهية،ليست بحاجة إلى عناء التدليل،أو البرهنة ،وهو أمر واقع وملموس،يحدث دائما عند استحداث أى نشاط انسانى لما ينظم تشريعيا بعد .

واستمر الحال كذلك ،إلى أن تدخل المشرع الفرنسى ،منظما أحكام هذا العقد ،بصفة عامة ،بباب مستحدث ،هو الباب رقم ٨ مكرر Titre VIII bis تحت مسمى " عقد التمويل العقارى، Du contrat de promation immabilière متضمنا المواد من ١٨٣١ - ١ الى ١٨٣١ - ٥ ،أضافه إلى المدونة المدنية، بمقتضى القانون رقم ٥٧٩ لسنة ١٩٧١ فى ١٦ منيوليو ١٩٧١،والمكمل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٧٢ فى ١١ من يوليو ١٩٧٢،واللذين جرى العمل بهما اعتبارا من ٣١/١٢/١٩٧٢م (١٩٥).

ثم تدخل المشرع الفرنسى ،فى هذا العقد مرة أخرى ،ولكن اقتصر تدخله فى هذه المرة، على مجال المسئولية المدنية للممول العقارى فقط،دون باقى جوانب هذا العقد .

وعلى ذلك يمكننا القول،بأن المسئولية المدنية للممول العقارى قد مرت بمرحلتين : مرحلة خضوعها للقواعد العامة، التى تحكم المسائل العقدية بصفة عامة ،وهذه-بطبيعة الحال - تخرج

---

(١٩٥) انظر،فيما سبق،ص٥٣٩ وما بعدها وهامش ١٨٥ بها.

عن نطاق بحثنا ، الذى ينحصر فى دراسة أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين .

أما المرحلة الثانية - التى تهمنا - فهى المرحلة التى تناول فيها المشرع الفرنسى بالتنظيم التشريعى مهنة التمويل (التنمية) العقارى ، بما فى ذلك المسئولية المدنية . لمباشر هذا النوع الجديد من النشاط .

ولقد مر تنظيم هذه المسئولية ، فى داخل هذه المرحلة بطورين متتاليين ، أولهما : بالقانون رقم ٥٧٩ لسنة ١٩٧١ المكمل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٧٢ سالفى الذكر ، وثانيهما بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ . فلنشرع فى تبيانها فى كل من هذين الطورين على التوالى :

أ) مسئولية الممول العقارى فى الفترة من ١٩٧٢/١٢/٣١ إلى ١٩٧٨/١٢/٣١ (١٩٦).

(١) تقضى الجملة الثانية من المادة ١٨٣١ - ١ مدنى المستحدثة بالقانون رقم ٥٧٩ لسنة ١٩٧١ فى ١٦ من يوليو ١٩٧١ سالف الذكر ، بأن " الممول العقارى ، يضمن تنفيذ الالتزامات التى تكفل بها الأشخاص الذين تعاقد معهم باسم رب العمل (١٩٧).

---

(١٩٦) وهى الفترة من تاريخ العمل بالقانونين الرقيمين ٥٧٩ لسنة ٧١ ، ٦٤٩ لسنة ٧٢ سالفى الذكر إلى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ .

(١٩٧) انظر ، فيما سبق ، نص الجملة باللغة الفرنسية ، هامش ١٨٥ ص ٥٣٩ .

ومقتضى هذا النص، أن الممول العقارى يعتبر بمثابة كفيل لهؤلاء الأشخاص أمام رب العمل، فيما يتعلق بأدائهم لالتزاماتهم الناجمة عن العقود التى أبرمها معهم باسم هذا الأخير، بحيث يضمن له أداءهم لهذه الالتزامات على الوجه المرضى (١٩٨).

مفاد ذلك : أن رب العمل عليه أن يرجع أولا على هؤلاء الأشخاص، يستقضى حقه منهم، كل فى نطاق عمله، فإذا ما استعصى عليه ذلك، سواء من حيث الرجوع، أو من حيث الاستيفاء، كان له أن يرجع على الممول العقارى، باعتباره ضامنا لهم بمقتضى هذا النص (١٩٩)

ب) كذلك تقضى الجملة الثالثة من ذات المادة، والمستحدثة بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٧٢ فى ١١ من يوليو ١٩٧٢ سالف الذكر بأن " الممول العقارى يضمن على وجه الخصوص العيوب الخفية، فى حدود الشروط المنصوص عليها بالمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ من القانون المدنى (٢٠٠).

وبذلك يكون المشرع الفرنسى، قد انتقل من مجال التعميم إلى مجال التخصيص، فبعد أن جعل الممول العقارى، بالجملة الثانية

---

(١٩٨) روسيل: الهامش السابق .54 A § ، جالشيه المقال السابق، ص ٤٥ عمود ١

(١٩٩) روسيل : الهامش السابق ، كاريلا : المرجع السابق، فصل I ص ٤٠ . ياقوت : المرجع السابق، بند ٢٥ ص ٧١ وما بعدها .

(٢٠٠) انظر، فيما سبق، نص الجملة باللغة الفرنسية هامش ١٨٥ ص ٥٣٩ .

من المادة ١٨٣١ - ١ ،ضامنا لكل الالتزامات التى على كاهل الأشخاص المتعاقد معهم باسم رب العمل ،تطلب فى الجملة الثالثة ضمانه ،على سبيل التخصيص،لالتزام معين،هو الالتزام بضمان العيوب الخفية ،واقتضى أن يكون هذا الضمان فى حدود الشروط المنصوص عنها بالمادتين ١٧٩٢ ،٢٢٧٠ مدنى؛[٢٠١] تأكيدا للفصل بين عقد التمويل (التنمية) العقارى - الذى هو خليط من عقد المقاولة وعقد الوكالة - وعقد البيع . فالالتزام بضمان العيوب الخفية هنا :إنما يتم طبقا لشروط وأحكام عقد المقاولة -وليس طبقا لشروط وأحكام عقد البيع [٢٠٢].

ولقد أثارت هذه الجملة مشكلة فى التفسير ،مؤداها : هل يجب على رب العمل الرجوع أولا على أولئك الأشخاص،الذين تعاقد معهم الممول ،فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية ،كما هو الحال بالنسبة لباقى الالتزامات المنصوص عنها بالجملة الثانية،باعتبار أن الممول العقارى فى كلتا الحالتين مدين احتياطى عنهم ،أم أن رب العمل يستطيع أن يرجع بداءة على هذا الأخير ، فيعتبر بذلك مدينا أصليا فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية ،ومدينا احتياطيا فيما يتعلق بباقى الالتزامات [٢٠٣].

---

(٢٠١) انظر مالنفووجستاز : المرجع السابق بند ١٦٢ص ١٨٦، حيث يريان:أن تدخل المشرع هذا لاطائل من ورائه ،بل إنه تسبب فى خلق مشكلة تفسيرية ، ذلك أن الممول العقارى ضامن بمقتضى الجملة الثانية لكل الالتزامات ،بما فى ذلك الالتزام بضمان العيوب الخفية .

(٢٠٢) روسيل : المرجع السابق، A54 § ،ياقوت : المرجع السابق،هامش ١٣٩ ص ٦٩ ،جالشيه : المقال السابق ،ص ٤٥ عمود ١.

(٢٠٣) مالنفو وجستاز : المرجع السابق ،بند ١٦٢ ص ١٨٦ ، والمقال السابق ،بند ٥٤،روسيل : الهامش السابق . جالشيه : الهامش السابق .

ويقرر كاريلا فى مؤلفه سالف الذكر [٢٠٤] أن القضـــــاء لايبدو أنه قد اتيحت له فرصة الفصل فى هذا الأمر .

ب) مسئولية الممول (المنمى) العقارى اعتبارا من ١٩٧٩/١/١ [٢٠٥]

نصت المادة الخامسة ، من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، علـى أن يستبدل بالجملة الثالثة من المادة ١٨٣١ - ١ مدنى ، النص الآتى :

" ويكون - أى الممول العقارى - على وجه الخصوص مسئولا عـن الالتزامات الناتجة عن المواد ١٧٩٢ ، ١/١٧٩٢ ، ٢/١٧٩٢ ، ٣/١٧٩٢ من التقنين المدنى " [٢٠٦].

---

(٢٠٤) فصل I ص ٤٠

(٢٠٥) تاريخ سريان القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ الصادر فـى ٤ من يناير ١٩٧٨ .

(٢٠٦) Art . 5 (L. 78-12, 4 janv. 1978) " la troisième phrase du premier alinéa de l'article 1831 - 1 du Code civil est remplacée par les dispositions suivantes :
" Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792 , 1792-1, 1792 - 2 et 1792 - 3 du présent code ".

انظر فى أوجه الاختلاف بين النصين : روسيل : المرجع السابــق ، " § A . 52. " .

وكما سبق أن ذكرنا آنفا (٢٠٧) فإن ذكر المادة ١/١٧٩٢ هنا ليس له محل؛ذلك أن هذا النص (م ١/١٧٩٢) لايتكلم عن أى التزام. وإنما تصدى فقط لتعريف من هم مؤجروا العمل، فى نظر المشرع الفرنسى، والذين يخضعون للالتزامات المنصوص عنها بالمواد الأخرى المذكورة.

ومفاد هذا النص المستحدث ،أن الممول (المنمى) العقارى أصبح ملتزما شخصيا - بمقتضى عقد التمويل (التنمية) العقارى الذى أبرمه مع رب العمل - بالالتزامات المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢ ، ٢/١٧٩٢، ٣/١٧٩٢ وليس مجرد ضامن أو كفيل فقط ،كما كان الحال قبل ذلك (٢٠٨).

وبذلك قضى المشرع الفرنسى بهذا النص على مشكلة التفسير التى ثارت بشأن هذه الجملة عند إدخالها بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٧٢ سالف الذكر ،وأصبح الممول (المنمى) العقارى مسئولا شخصيا أمام رب العمل عن تلك الالتزامات المنصوص عنها بالمواد ١٧٩٢ /٣ من القانون المدنى ،يقتضيها هذا الأخير منه شخصيا ،ودون التفات لما إذا كان يوجد بينهما عقد إجارة عمل (مقاولة) أم لا ،شأنه فى ذلك تماما شأن باقى مؤجرى العمل (٢٠٩) الذين سبق التعرض لهم . بل وحتى لم يتطلب المشرع بالنسبة له أى شروط معينة يقتضى توافرها حتى تقوم إلى جانبه هذه المسئولية الخاصة ،كما فعل بالنسبة للصانع مثلا .

٥) مدى خضوع الممول العقارى (متعهد البناء) لضمان تمام الإنجاز : إحالة .

بقى أن تبين آخيرا أن الممول العقارى لايخضع لأحكام

---

(٢٠٧) - انظر،فضلا عما سبق ص ٤٣٨،مالنفو وجستاز : المقال السابق، بند ٥٦ ،بوبلى :المرجع السابق، بند ٣٠٦ ص ١٩٣ .

(٢٠٨) مالنفووجستاز : المرجع السابق بند ١٦٢ ص ١٨٦روسيل المرجع السابق A54 § ، ياقوت : بند ٢٥ ص ٧٢ .

(٢٠٩) ياقوت : المرجع السابق بند ٢٥ ص ٧٢،روسيل :المرجع السابق، A54 § بوبلى : المرجع السابق، بند ٣٠٦ ص ١٩٣ ، جالشيه : المقال السابق، ص ٤٥ عمود ١ .

ضمـــــــان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى، المنصوص عنـــه بمقتضى المادة ٦/١٧٩٢ والمستحدث بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، والذى - كما سبق أن أوضحنا - لايسرى إلا على المقاول فقط طبقـــا لنص تقريره (٢١٠).

البند الخامس: معمارى المنزل الشخصى (الخاص) (٢١١)

تقضى المادة ٦ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر، بأن المقطع الأول من المادة ٤٥ من القانون رقم ٥٧٩ لسنة ١٩٧١ فى ١٦ من يوليو ١٩٧١ ، والمتعلق بالعمليات المختلفة للبناء يكمـل بالفقرة الآتيـة :

" الشخص المذكور بالفقرة الأولى أعلاه (أى من المادة ٤٥ ، سالفة الذكر) يعتبر مشيدا لعمل فى مفهوم المادة ١٧٩٢/ ١ مـــن

---

(٢١٠) انظر، فيما سبق، ص٤٨٩، ص٥٢٨ ، وانظر، أيضا ، روسيل المرجع السابق ، A52 § .

(٢١١) انظر فى هذا الموضوع :

- Cl. GiVERDON: " Les contrats relatifs à la construction de maisons individuelles " G.P. 1972 , 2 , P. 546.

- P. LANCEREAU : " Le statut des constructeurs de maisons individuelles G.P. 1973 , 1, P. 101.

- M. TIRARD : " La réglementation des contrats portant sur la construction des maisons individuelles. " J.C.P. 1973, 1, 2579.

=

التقنين المدنى "(٢١٢).

والتعرض لبيان مدى تطبيق أحكام المسئولية الخاصة محل الدراسة . على هذا النوع من المعماريين ،يقتضينا أولا بيان متى يعتبر الشخص من معمارى المنازل الشخصية أو الخاصة ،حتى يخضع لأحكام هذا النوع من المسئولية .

تقضى المادة ٤٥ - ١ من القانون رقم ٥٧٩ لسنة ٧١ فى ١٦ من يوليو ١٩٧١ . بأن " كل عقد ،غير عقد التمويل العقارى ، المنصوص عليه فى الباب الرابع من هذا القانون ،يلتزم بمقتضاه شخص بتشييد عقار للاستعمال السكنى، أو السكنى والمهنى ،لايتضمن إلا سكنا شخصيا واحدا فقط،وطبقا للتصميم أو الرسم ، الذى يعرضه بنفسه أو

= وانظر أيضا :

Dossier " la maison individuelle " A .J.P.I. 1980 N° 1 P. 5 ets. comprenant divers articles : par exa.

- Poury : " la recherche de terrains pour la construction de maison individuelles P. 7 .
- Ph. Malinvaud : " Le contrat de construction de maisons individuelles dans son état actuel A.J.P. 39.
- Ph. Jestaz : " La réforme du contrat de construction de mais ons individuelles" P. 44.
- A. cornet - VeRNEY " Des maisons et des villages " P. 48.
- Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz ouv. op. cit . N° 547p. 551 : N°605 P. 597.

(٢١٢) Art . 6(L.78-12 ,4 janv. 1978) le paragraphe I de

=

بواسطة الغير على رب العمل ،يجب أن يحتوى على البيانات الآتية(٢١٣)

١) تعريفه

يتضح من هذا النص ،ان معمارى المنزل الشخص (الخاص)

---

l'article 45 modifée de la lai n° 71 - 579 du 16 juill. 1971= relative à diverses opérations de construction est complété par nouvel alinéa suivant:

" La personne mentionnée au premier alinèa ci- dessus est réputée constructeur de l'ouvrage au sens de l'article 1722-1 du Code civil.

وانظر فى نقد مسلك المشرع الفرنسى فى هذا الخصوص :مالنفو وجستاز : المرجع السابق،بند ١٦٣ ص ١٨٦ ويؤيدهما : زيرفليه :المقال السابق،بند ٤ص ١٤ عمود ١ ،بيجو : المرجع السابق،ص ٣٩،كاريلا : المرجع السابق ، فصل أ ص ٤٠ . حيث يرى هذا الجانب من الفقه، أن معمارى المنازل الخاصة إما أن يكون مؤجر عمل (مقاولا)وبالتالى يعتبر معماريا طبقا لنص المادة ١٧٩٢/١ - ١ ،وإما أن يكون بائعا لمنازل سابقة التجهيز ،فيخضع لهذه المسئولية بمقتضى المادة ١٧٩٢/٤ ،وإما أن يكون ممولا عقاريا،فتحكمه المادة ١٨٣١-١معدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ،وفى كل الحالات السابقة فهو يعتبر معماريا،يخضع لأحكام هذه المسئولية .

وانظر فى تأييده : بوبلى ، المرجع السابق،بند ٣٠٧ ص ١٩٣ حيث يرى أن هذا أمر منطقى،حيث يجد الإنسان نفسه أمام نوع مختلف من المقاولات ،عن الأنواع السابقة .

(٢١٣) At t.45-1(L. 71 - 579 du 16 juill . 1971) " Tout contrat autre que celui visé au titre iv de la présente loi par lequel une personne se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant qu'un seul logement d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer au maître de l'ouvrage = doit comporter les enonciations suivonts ...."

هو ذلك الشخص الذى يرتبط مع رب العمل بعقد تشييد منزل شخصى[٢١٤] (خاص) يلتزم بمقتضاه ، أن يشيد لهذا الأخير منزلا خاصا، للاستعمال الخاص ، سواء السكنى فقط، أو السكنى والمهنى معا ، بحيث لايحتوى العقار المتعاقد على تشييده على أكثر من سكن (منزل) واحد. وأن يتم طبقا للرسومات والتصميمات التى يعرضها هذا المعمارى بنفسه ، أو بواسطة الغير، على رب العمل . ويكون على أرض مملوكة لهذا الأخير نفسه . وليس على أرض مملوكة للمعمارى ، حتى يتميز بذلك عن بائع العقار تحت التشييد [٢١٥].

= وانظر تكملة هذا النص المتضمن لأحكام هذا العقد . كاريلا : المرجع السابق، ص ٨ من الملحق وكذا تقنين البناء والإسكان الفرنسى، طبعة المكتبة الفنية ١٩٨٢ تعليق : J.HUGOT et D. LEPELTIER التنظيم التشريعى (م : ل . ٢٣١- ١ إلى م: ل ٢٣١ - ٣ من ص ١٠٧ الى ص ١١١ ، .

وانظر فى محتوى هذا العقد ، نفس المرجع : التنظيم اللائحى الباب الثالث (م : ر ٢٣١ - ١ إلى م: ر ٢٣١ - ١٥ من ص ٣٨٩ إلى ص ٣٩٥) .

(٢١٤) انظر فى الفرق بين هذا العقد وغيره من عقود المعماريين، الأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، Intervention de M.Mathieu J.O. D.A.N 19 déc. 1977 P. 8988, جاشية : المقال السابق ، ص ٤٥ عمود (١) ، بوبلى : المرجع السابق بند ٩٧ ص ٥٨ . بيجو : المرجع السابق . ص ٣٩ .

(٢١٥) انظر، فيما سبق، من ص ٤٦٠ الى ص ٤٦٢ .
وانظر أيضا . مالنفو وجستاز : المرجع السابق، بند ٥٧٠ ص ٥٧١ إلى بند ٥٩٤ ص ٥٨٩. روسيل : المرجع السابق، 57 A ٤ .
بوبلى : المرجع السابق، بند ٩٧ ص ٥٧ وما بعدها . كاريلا : المرجع السابق ، فصل أ ص ٤١ .

٢) مدى خضوعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة

ومعماري المنازل الشخصية (الخاصة) بهذا الوصف ،رغم أن المادة ٤٥ من القانون رقم ٥٧٩ لسنة ٧١ قد نظمت أحكام عقده ،الذي يبرمه مع رب العمل ،لكن لم يتضح منها صراحة ،أنها جعلته خاضعا لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ،إلا أن المرسوم رقم ١٢٣٩ لسنة ١٩٧٢ الصادر في ٢٩ من ديسمبر ١٩٧٢،بتطبيق نص المادة ٤٥ سالفة الذكر ،قد أحال في الفقرة الثانية من المادة ١١ منه إلى أحكام هذه المسئولية ،مما جعل البعض يعتبر أنه منذ تاريخ سريان هذا المرسوم وهو ١٩٧٢/١٢/٣١ ،يخضع هذا النوع من المعماريين لأحكام هذه المسئولية الخاصة [٢١٦].

إلا أنه بصدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ في ٤ يناير ١٩٧٨ قد تبدد كل لبس أو غموض في هذا الشأن ،حيث نص صراحة - كما رأينا - في المادة السادسة، سالفة الذكر، منه ،على اعتبار معماري المنازل الشخصية (الخاصة) مشيدين لعمل في مفهوم المادة ١/١٧٩٢ [٢١٧] ،بمعنى أنهم يخضعون-ككل مشيد عمل - لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين متى توافرت شروط تطبيقها عليهم.

---

(٢١٦) بيجو : المرجع السابق، ص ٣٩ ، ٤٠ ،كاريلا : المرجع السابق ، فصل [ ] ص ٤١ .

(٢١٧) جالشيه : المقال السابق ،ص ٤٥ عمود ١ ، بوبلي: المرجع السابق ،بند ٩٧ ص ٥٨ ،بند ٣٠٧ ص ١٩٣.

المطلب الثالث

تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسى ، وبيان مدى حاجتنا لنهج مثلــــه

أوضحنا فى المطلبين السابقين ، كيف سلك المشرع الفرنســى ، سواء فى تدخله التشريعى الأول ، أو الثانى ، طريق التوسع فى النطاق الشخصى المدين ، أو المسئول ، بأحكام هذه المسئولية الخاصة ، فاعتبر - بتدخله الأول - خاضعا لأحكامها كل من يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، فجعل بذلك من الارتباط برب العمل بعقد مقاولة ، شرطــا جوهريا لتحقق هذه المسئولية ، ولم يستثن من هذا الشرط إلا حالــة خاصة ، أخضعها لأحكام هذه المسئولية أيضا رغم أن العقد الــذى يربط الدائن بالمدين فيها ، ليس بمقاولة ، وإنما هو عقد بيع . هذه الحالة هى ، من يبيع عقارا تحت التشييد ، طبقا لنص المادة ١٦٤٦/ ١ التى أضافها إلى المجموعة المدنية ، بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ كما سلف البيان (١).

والمشرع الفرنسى ، بتبنيه لمبدأ المباشرة بناء علــى الارتباط بعقد مقاولة مع رب العمل - كما سبق أن أشرنا (٢) - إنما سلك بعض طريق الموضوعية ، لا الموضوعية كلها . فهو وإن كان قــد هجر ، فعلا ، درب الصفات والألقاب ، الذى كان قد اتبعه ردحا طويــلا من الزمن ، ولم يتطلب لإخضاع الشخص لأحكام المسئولية العشريـــة ، أو الثنائية ، سوى أن يكون قد باشر العمل فعلا ، أى أن يكون قــد

---

(١) انظر ص ٤٥٣ وما بعدها ، فيما سبق .

(٢) راجع ، فى ذلك ، من ص ٤٢٦ : ٤٣١ ، فيما تقدم .

شيد البناء ،أو أقام المنشأ الثابت الآخر،بناء على عقد مقاولة يربطه برب العمل ،دونما التفات إلى صفة يرتديها ،أو لقب يتحلى به ،إلا أنه استمر يرى فى ضرورة وجود عقد مقاولة أساساجوهريا لقيام هذه المسئولية .

وعلى ذلك ،فإننا نرى أن نتناول هذا المطلب فى نقطتين نعقب فى الأولى على مسلك المشرع الفرنسى هذا . بينما نوضح فى الثانية ،مدى حاجتنا لنهج مثله .

نبذه أولى : تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسى .

فى مجال التعقيب على مسلك المشرع الفرنسى هذا ،نتناول فيه أولا : القاعدة ،ثم نعقبها بالاستثناء .

ففيما يتعلق بالقاعدة أو المبدأ ،الذى تبناه المشرع الفرنسى ،فى تدخله الأول بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ ،وهوالاكتفاء بأن يكون من باشر العمل مرتبطابعقد مقاولة مع رب العمل؛ فتجدر بناالإشارة إلى ما سبق أن قررناه (٣) من أن القضاء الفرنسى كان قد سبق مشرعه إلى إقرار هذا المبدأ ،مما جعل دور المشرع الفرنسى،يقتصر،فى هذا الخصوص،على مجرد تقرير ما سار عليه القضاء قبل ذلك،بزمن ليس بالقصير .

أما فيما يتعلق بالاستثناء من هذا المبدأ ،وهو إخضاع حالة بيع العقار تحت التشييد لأحكام هذه المسئولية . دون التفات لعدم وجود عقد مقاولة ،وهى الحالة التى استحدثها المشرع الفرنسى بالمادة ١٦٤٦ - التى أضيفت إلى المدونة المدنية الفرنسية، بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر (٤) ففى رأينا أن هذا

---

(٣) راجع من ص٤٢٦ إلى ص٤٣١ ،فيما تقدم .

(٤) انظر النص باللغة الفرنسية ،وراجع فى دواعى هذا الاستحداث ومبرراته من ص٤٦٠ إلى ص٤٦٢ فيما تقدم .

هو التجديد الفعلى والحقيقى ، الذى أتى به المشرع ، والذى لم يكن بإمكان غيره - فى تقديرنا - أن يفعله ، لذا كان لابد من تدخل تشريعى صريح لإتمامه ، إذ أنه نقل لأحكام مسئولية ، اختص بها أصالة عقد المقاولة ، إلى حالة بعينها من حالات عقد البيع ، ارتآها المشرع كافية لتبرير هذا الفعل .

وإذا كان المشرع الفرنسى قد أراد بتدخله التشريعى الأول أن يواكب ما بين القانون والحياة ، فيلحق ركب هذا بسفينة تلك ، ولما كانت سفينة الحياة لم ولن تتوقف ، وجب أن يكون القانون فى تطور مستمر كذلك كى يلحق بها دائما ، يهديها من ضلالة ويردها كلما رآها أوشكت أن ترد موارد التهلكة .

لذلك كان التدخل التشريعى الثانى من جانب المشرع الفرنسى عندما رأى أن الحياة قد تجاوزت ما سنه من قواعد ، وما كان قد خطه من شروط ، وأبصر بعينى رأسه ، أن ما تبناه بالأمس من مبدأ يسد به ذرائع التفلت ويغلق به دروب الهروب من أحكام هذه المسئولية ، إذا به يجده أنه قد أصبح الذريعة ذاتها ، يتخذها الاشخاص للخروج بها من مأزق هذه المسئولية .

فلقد رأى المشرع الفرنسى أن الأشخاص قد عمدوا إلى تحقيق أغراضهم فى تشييد العقارات ، وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى التى تلزمهم ، باتباع طرق قانونية أخرى ، غير طريق عقد المقاولة الذى جعل منه المشرع الفرنسى بتدخله التشريعى الأول شرط قيام هذه المسئولية الخاصة . مثل اتباعهم طريق عقد البيع ، بعد تمام إنجاز العقار ، أو المنشأ الثابت ، او طريق عقد الوكالة أو ما سمى بعقد التمويل العقارى ، أو عقد تشييد منازل خاصة أوفيلات لذلك لجأ المشرع الفرنسى إزاء اتباع هذا المسلك من جانب الأفراد إلى معاملتهم بعكس مقصودهم ، وإخضاع هذه الطرق القانونية

جميعها لأحكام هذه المسئولية الخاصة، محل دراستنا ،باعتبارها تستر في حقيقتها عقد مقاولة مبان ،أوعلى الأقل تحقق ذات الغرض المقصود منه ،حتى كادت الاستثناءات - لكثرتها - أن تطغى على القاعدة فتطمس معالمها . ويخيل لغير المتأمل أن المشرع قد هجرها .

وسوف نتناول بالتعقيب كل حالة من هذه الحالات على حدة لنرى مدى الجديد فعلا في مسلك المشرع الفرنسي ،فنمهد بذلك السبيل لمعرفة مدى حاجتنا إلى اتباع ذات المسلك .

١) حالة بيع العقار بعد تمام تشييده وإتمام إنجازه

رأينا أن المشرع الفرنسي قد نص في المادة ١٧٩٢ - ١ فقرة (٢) منها،على أن بائع العقار بعد تمام إنجازه ،يعتبر أيضا معماريا ،مشيدا لعمل (العقار) يخضع لأحكام هذه المسئولية(٥)، وأوضحنا الدوافع ،التي حدت بالمشرع الفرنسي إلى استحداث مثل هذا النص ، الذي يعد - في تقديرنا - تجديدا حقيقيا ،أيضا ،يستحق الالتفات إليه والاهتمام به ،تماما كالحالة السابقة التي استحدثها بالمادة ١٦٤٦ - ١ مدني ،وهي ،حالة بيع عقار تحت التشييد ،فبهذه الحالة وتلك ،يعتبر المشرع الفرنسي قد وسع فعلا وحقيقة من النطاق الشخصي المدين او المسئول بأحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ،وذلك بعد أن أضاف إلى هذا النطاق ، أو بعبارة أخرى ،أخضع لأحكام هذه المسئولية كل من يقوم ببيع عقار حديث التشييد ،أي لم يمض على تسلمه عشر سنوات على الأقل ،سواء تم البيع والعقار لازال بعد تحت التشييد أو كان قد بيع بعد أن تم إنجازه فعلا .

---

(٥) انظر ص ٤٨٢ وما بعدها ،فيما سبق .

ولا تبدو أهمية هذا التجديد ، عندما يكون البائع للعقار المشيد ، فى كل من الحالتين، هو رب عمل، تعاقد مع كل من المهندس المعمارى والمقاول لإنشاء هذا العقار، إذ لاتثير هذه الصيغة من التعامل تخوف المشرع الفرنسى، من ذهاب الحماية القانونية ، التى قصد إسباغها على مالك مثل هذا العقار ، فالمهندس المعمارى والمقاول مسئولان أمام رب العمل ، بأحكام مسئوليتهما الخاصة ورب العمل يستطيع أن يرجع عليهما ، إذا رجع عليه المشترى بهذه المسئولية ، بل وللمشترى نفسه أن يرجع عليهما بدعوى الضمان العشرى أو الثنائى ، باعتباره خلفا خاصا لرب العمل تلقى عنه دعوى هذا الضمان أو ذاك ، تبعا لتلقيه ملكية العقار ، كماسيأتى بحثه فى حينه من الدراسة (٦) .

وإنما تبدو أهمية هذا التجديد ، عندما يكون البائع للعقار المشيد، فى كل من الصورتين ، هو ذات المهندس المعمارى أو المقاول الذى امتهن تشييد العقارات لحسابه الخاص ، بقصد إعادة بيعها ، سواء وهى تحت التشييد ، أو بعد تمام الإنجاز . فهنا ، فعلا، يتحقق تخوف المشرع الفرنسى، من تفويت الحق فى الحماية القانونية ، التى تطلع المشرع إلى بسطها على مالك مثل هذا العقار ، إذ لايمكن للمشترى - لولا تدخل المشرع - أن يرجع على البائع بدعوى الضمان لأنه لم يتلقها عنه ، تبعا لتلقى ملكية العقار ، ولأن المشرع قد فرضها لحماية رب العمل ضد رجل الفن ، ورب العمل غير موجود فى هذه الصورة ، بل هو رجل الفن عينه .

ومن الواضح، أنه لولا تدخل المشرع الفرنسى الأول والثانى، ماكان بامكان أحد غيره أن يخضع كل من هذا وذاك لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، والتى لم تكن فى الأصل لتختص بهما ، أو تتعلق بأى من تصرفاتهما .

---

(٦) انظر، فيما يأتى، من ص ٥٩٣ : ص ٦٠٤ .

كذلك فإن هذا التجديد لايمكن أن يدخل فى نطاق التفسير، أو تكييف العقود، اللذين يعتبران جزءا أصيلا من اختصاص كل من الفقه والقضاء، وإنما هو من باب الخلق والإيجاد للأحكام والقواعد القانونية، وهذا ولا شك هو من صميم اختصاص المشرع، ليس بمكنة أحد غيره مباشرته، فكان حتما عليه أن يتدخل ليسد نقصا فى مجال التشريع قد ظهر، ويضبط صورا من التعامل جدّت، فتفضّ من عقال ما كان من الأحكام ساريا .

٢) حالة الوكيل الذى يباشر لحساب رب العمل مهاما مماثلة لمهام مؤجر العمل أو المقاول .

كذلك قضى المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ - ١ فقرة (٣) منها، على أن الشخص الذى - رغم أنه يتصرف باعتباره وكيلا للمالك - يقوم بمهمة مشابهة لتلك التى يقوم بها مؤجر العمل، أو المقاول [(٧)]، يعتبر أيضا مشيدا لعمل فى مفهوم المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى، أى أنه يخضع لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين المنصوص عليها بتلك المادة .

فهل أضاف المشرع الفرنسى بنصه هذا جديدا، حقيقة وفعلا، إلى النطاق الشخصى المدين، أو المسئول، بأحكام هذه المسئولية ؟ أوبعبارة أخرى، هل وسع المشرع الفرنسى، حقا، بهذا النص الجديد، فى عدد الأشخاص الخاضعين لأحكام هذه المسئولية الخاصة ؟ وهل كان تدخله ضرورة لذلك ؟ أم كان يمكن الوصول إلى نفس النتيجة دون تدخل المشرع ؟

من المعلوم سلفا، أن الوكالة قوامها الأعمال القانونية، حين أن المقاولة تتعلق دائما بالأعمال المادية، وقد أشرنا سابقا وفى أكثر من موضع [(٨)] إلى أنه من الممكن أن يكلف الشخص

---

(٧) انظر، فيما سبق، النص بالفرنسية وفى مبررات الأخذ به ص ٤٩١ وما بعدها .

(٨) راجع، فيما سبق، ص ٩٩ و ص ٤٨٩ .

وفى عقد واحد - بالقيام بأعمال قانونية ،وأعمال مادية ،وتسرى على كل أحكامها وضوابطها ،بمعنى أن تسرى على الاعمال القانونية أحكام عقد الوكالة ،بينما تضبط أحكام عقد المقاولة ما يؤديه من أعمال مادية ،بغض النظر عن الوصف الذى أضفاه الأطراف على العقد . فالمحكمة لا تتقيد بهذا الوصف ،وإنما تعطى العقد المطروح أمامها الوصف الحقيقى له ،طبقا لما احتوى عليه مضمونه من التزامات ،أخذا بمقاصد الأمور ،وتغليبا لمعانى العقود على مبانيها ، وهذا أمر ليس بالجديد ،وإنما تواضع عليه الفقه والقضاء منذ أمد بعيد [٩] فهل ما قرره المشرع الفرنسى فى الفقرة الثالثة من المادة ١/١٧٩٢ يختلف عن هذا الذى بسطناه ،أم أنه مجرد تقرير له ؟

الواقع أن هذا الذى أتى به المشرع الفرنسى فى الفقرة الثالثة من المادة ١٧٩٢ - ١ مدنى ليس - فى تقديرنا - إلا مجرد تقرير لما جرى عليه العمل، من اعتبار العقد مقاولة ،وليس وكالة ، - على غير ما نعتته به اطرافه - فيما يتعلق بما يباشره الوكيل عن المالك من أعمال مادية ،مما يدخل عادة فى مهمة المقاول ،أو مؤجر العمل ،على الرغم من أنه يتصرف كوكيل عن المالك .

وعلى ذلك ،فإن الأعمال المادية التى يؤديها الوكيل لحساب المالك ،تخضع لأحكام عقد المقاولة ،بمعنى أن العقد فيما يتعلق بهذه الأعمال ،يعتبر عقد مقاولة ،وإن اكتسى ثوب الوكالة وأن لوكيل يعتبر بالنسبة لهذه الأعمال مؤجر عمل ،يخضع لأحكام المسئولية الخاصة بمؤجرى العمل ،أو المعماريين ،وليس لأحكام عقد الوكالة .

---

(٩) انظر ما سبق أن بيناه فى هذا الخصوص ص ١٠٥.

فهل بعد هذا البيان ،يمكن القول بأن المشرع الفرنسى أتى بجديد فى الفقرة الثالثة من المادة ١٧٩٢ - ١ مدنى،مما وسع به، حقيقة،من النطاق الشخصى المدين أو المسئول بأحكام هذه المسئولية الخاصة ،عما كان عليه الحال قبل هذا التدخل التشريعى ،أم أنه مجرد تقرير لما تواضع عليه الفقه والقضاء فى هذا الخصوص ،تماما كما فعل بتدخله التشريعى الأول عام ١٩٦٧،حين تبنى ما سبق أن استقر عليه الفقه والقضاء ،من الاكتفاء بوجود عقد مقاولة،للقول بتحقيق المسئولية ،إذا توافرت باقى شروطها ،دون التفات إلى اتصاف بصفة معينة أو تمتع بلقب خاص !

٣) حالة الممول العقارى ،أو متعهد البناء .

مما قدمناه عن الممول العقارى ،ومهنة التمويل العقارى، عند دراستنا للأشخاص المسئولين بأحكام هذه المسئولية الخاصة (١٠)، اتضح لنا أن الممول العقارى هو فى الحقيقة مستثمر لأمواله فى مجال التشييد والبناء . إما لحسابه الخاص وإما لحساب رب عمل، يبرم معه عقد تمويل عقارى ،يباشر بمقتضاه عملية التشييد من جميع جوانبها ،يقوم بتمويلها ،ويبرم العقود والتصرفات القانونية اللازمة لتحقيقها ،ويقوم كذلك بكافة الإجراءات القانونية والإدارية التى يتطلبها الحال إلى أن يسلم البناء،أو المنشأ الثابت،تام الإنجاز،خاليا من العيوب،للطرف الآخر معه فى عقد التمويل العقارى، أو أن يبيعه ،سواء تحت التشييد أوتام الإنجاز ،إذا كان قد أقامه من الأصل لحسابه الخاص .

وعقد التمويل العقارى ،بموضوعه هذا،لايخرج عن أن يكون عقد وكالة مأجورة ،مختلطة بمقاولة ،يقوم الممول العقارى بمقتضاه

(١٠) انظر من ص ٥٣٨ : ص٥٥٠ ،فيما سبق .

بمهامه سالفة الذكر . فيكون بمثابة المشرف على عملية البناء من قبل رب العمل، والممول لها ويتقاضى مقابل ذلك الأجر المتفق عليه فى العقد . وهذا هو التكييف الذى أسبغه عليه المشرع الفرنسى ذاته، حين تولى تعريفه وتنظيم أحكامه بالمادة ١٨٣١ - ١ مدنى كما رأينا، حيث وصفه بأنه وكالة ذات منفعة عامة "Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun..."(11) وهو أيضا ما تواضع عليه الفقه والقضاء الفرنسيان كذلك(١٢).

وعلى ذلك، فإنما قيل بالنسبة للوكيل حين يباشر عملية التشييد والبناء، باسم رب العمل ولحسابه، تحت ستار عقد الوكالة المبرم بينهما، يمكن أيضا أن يقال بالنسبة للممول العقارى فيما يقوم به من أعمال مادية . تتعلق بعملية التشييد والبناء، التى هى، فى حقيقتها، من طبيعة مهمة مؤجر العمل أو المقاول، من خضوعه لقواعد وأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين، ولو لم ينص المشرع الفرنسى على ذلك صراحة .

نخلص من ذلك، إلى أن ماجاء به المشرع الفرنسى هنا، أيضا، من النص صراحة على إخضاع الممول العقارى للضمان العشرى والثنائى، لايتضمن توسيعا حقيقيا وفعليا للنطاق الشخصى المدين، أو المسئول، بأحكام هذه المسئولية، بل هو من قبيل التوسع الظاهر وليس الحقيقى، حيث تمخض هذا التدخل عن تقرير أمر كائن، أجمع عليه كل من الفقه والقضاء من قبل .

٤) حالة معمارى المساكن الخاصة أو الفيلات (١٣)

وهذه الحالة أيضا، ليس فيها - فى تقديرنا - من جديد

(١١) انظر فيما سبق ص٥٣٩ وهامش ١٨٥ بها .
(١٢) راجع فى تعريفات كل من الفقه والقضاء لعقد التمويل العقارى ص٥٣٩ : ٥٤٢ - فيما سبق .

(١٣) راجع فى هذا الموضوع من ص٥٥٠ : ص٥٥٤ فيما سبق والفقه والقضاء المشار إليه بها .

ذلك أن هذا المعماري الذي يمتهن هذا النوع من البناء ،وهو بناء المساكن الشخصية ،أو الفيلات الخاصة في فرنسا ،لا يخرج عن إحدى حالتين :

إما أنه يبني لحسابه الخاص ،كي يقوم ببيع ما بني لحسابه الخاص أيضا ،وفي هذه الحالة يسري عليه ما يسري على بائع العقار حديث البناء من أحكام ،سواء كان البيع والعقار تحت التشييد بعد ،أم بعد تمام إنجازه . الحالتان اللتان سبق أن تعرضنا لهما ،وقلنا إنهما هما اللتان يعتبران تجديدا حقيقيا وفعليا من المشرع الفرنسي .

وإما أن يشيد هذا المعماري المسكن الخاص أو الفيلا لحساب رب عمل، أسند إليه مهمة الإنشاء والتشييد ،فيكون، في هذه الحالة، معماريا عاديا، تسري عليه أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين، سواء كان مهندسا معماريا، أو مقاولا، أو غير ذلك من الفنيين، الذي يمتهنون عملية التشييد والبناء ،ولا يهم في ذلك وصف العقد، فيما بينهما، على أنه عقد تشييد مساكن خاصة، فهو في حقيقته عقد مقاولة ،وإن كانت صغيرة ،لأن العبرة في تكييف العقود، كما قلنا، بمعانيها لا بمبانيها .

وعلى ذلك ،فإن معماري المساكن الخاصة كان في كلتا الحالتين خاضعا ،لا محالة، لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين، مشيدا لحسابه فبائعا ،أو مشيدا لحساب رب العمل ،ونص المشرع الفرنسي صراحة في المادة ٤٥ فقرة أولى من القانون رقم ٥٧٩ لسنة ١٩٧١ في ١٦ من يوليو ١٩٧١ ،المعدل بالقانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٧٢ في ١١ من سوليو ١٩٧٢ ،على إخضاعه لهذه الأحكام لم يكن ليضيف جديدا، بل هو لا يتعدى تقريرا لوضع قائم . وبذلك فلم يكن تدخله هذا ليضيف اتساعا جديدا وحقيقيا في الأشخاص

المدينين أو المسئولين بأحكام هذه المسئولية ،بل هو من قبيل الإضافة الظاهرية فقط .

وإذا كنا قد انتهينا إلى ما انتهينا إليه ،فيما يتعلق بحالة الوكيل ،والممول العقاري ومعماري المساكن الخاصة من أن إخضاعهم صراحة من جانب المشرع الفرنسي ،لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ،لم يكن ليضيف اتساعا حقيقيا إلى النطاق الشخصي المدين أو المسئول بأحكام هذه المسئولية، بل هو مجرد اتساع ظاهري . فالتساؤل الذي يثور الآن هو ،إذن،ما الداعي لتدخل المشرع الفرنسي ،والنص على ذلك صراحة ؟

ونجيب على ذلك ،بأن تدخل المشرع الفرنسي هذا ، وإن لم يكن ،في حد ذاته ،ضروريا في هذه الحالات الثلاث ،إذ أنه لم يغير شيئا عما كان قد جرى عليه العمل من قبل ،إلا أنه - في تقديرنا - لايخلو من الفائدة وإن لم تكن مباشرة ،فهو من باب اقتفاء الأثر القائل " قطعت جهيذة قول كل خطيب " وبذلك يرفع عن كاهل القضاء المثقل عبء تكييف هذه العقود ،نظرا لاختلاف مسمياتها التي يصفها بها الأفراد ،عن مسمى عقد المقاولة أو عقد إجارة العمل الذي جعله المشرع الفرنسي - سواء في تدخله التشريعي الأول أو الثاني - القاعدة أو الأساس في تطبيق أحكام مسئولية المعماريين .

أما فيما عدا هذه الحالات الثلاثة ،مما عرضناه في المطلبين السابقين،من الاشخاص الذين أخضعهم المشرع الفرنسي لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين بالإضافة إلى النطاق الشخصي التقليدي لهذه الأحكام من المراقبين الفنيين والبائعين والصناع والمستوردين والموزعين ،على النحو الذي فعلناه ،فالحق يقال :إن المشرع الفرنسي قد وسع فعلا توسيعا محسوسا وكبيرا من النطاق الشخصي

المدين،أو المسئول،بأحكام هذه المسئولية ،مما أوحى لبعض الكتاب الفرنسيين أن يطلق على هؤلاء المسئولين " الكتيبة من المسئولين [١٤]" لكثرة عددهم .

نبذة ثانية :مدى حاجتنا لمسلك المشرع الفرنسى فى تعديل أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء.

إن الدوافع والاعتبارات التى حدت بالمشرع الفرنسى إلى تدخله التشريعيين المتتاليين ، اللذين سبق أن بيناهما ،واللذين كانت نتيجتهما اتساعا كبيرا فى النطاق الشخصى المدين أوالمسئول بأحكام هذه المسئولية ،على النحو الذى رأيناه ،بعد أن كانت خاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء عند بدء تقريرها .

نقول : إن هذه الدوافع والاعتبارات ،لتقوم بذاتها على الساحة القانونية المصرية ،بحيث تتطلب من المشرع المصرى تدخلا مماثلا ،ليمد نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية ،إلى كل متدخل فى عملية التشييد والبناء ،يترتب على تقصيره فيما أسند إليه أو تصوره فيه ،حدوث تهدم كلى أو جزئى بالبناء ،أو المنشأ الثابت أو ظهور عيب فيه ،يترتب عليه تهديد متانته وسلامته مهندسا معماريا كان هذا المتدخل،أم مهندسا إنشائيا أم تنفيذيا، مقاولا ،أم ممولا عقاريا ،فنيا كان أم مراقبا فنيا ،صانعا للعقار [١٥]،أو لجزء منه ،أو لعنصر تجهيزى فيه ،أو مستوردا لكل هذا أو لبعض منه أو موزعا له ، وسواء كان هذا المتدخل قد تدخل لحساب رب عمل أم لحساب نفسه ،كالمهندس المعمارى أوالمقاول

---

(١٤) مونتميرل وكاستون، المرجع السابق،ص ٢٤٠ ومابعدها .

(١٥) وذلك كما فى حالة المساكن سابقة التجهيز فى جملتها أو فى جزء منها أو فى العناصر التجهيزية لها ،مما انتشر فى عصرنا الحاضر .

أو الممول العقارى ، إذا قام أى منهم بالبناء والتشييد لحسابه الخاص ، ثم بيع ما يشيده ، سواء كان البيع تحت التشييد أو بعد تمام إنجازه ، وأخيرا، سواء كان التشييد بناء على عقد مقاولة أو عقد تمويل عقارى ، أو عقد وكالة ، أو غير ذلك، مما يبتكر من الوسائل القانونية ، التى يكون الهدف منها إقامة بناء، أو تشييد منشأ ثابت آخر ، وإن اختلفت المسميات وتباينت الألقاب التى يطلقها الأشخاص على تلك الوسائل ، بهدف الابتعاد عن نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة .

ولا شك أنه سوف يترتب على هذه الخطوة المأمولة من المشرع المصرى . سد ذرائع التفلت وإغلاق دروب الهروب من أحكام هذه المسئولية ، بالعمل على إنقاص شرط من شروط تطبيقها ، أو اتباع أساليب قانونية تبعدهم عن مجال سريانها ، بغية عدم الوقوع تحت طائلة جزائها أو أن تلحق بهم صرامة أحكامها .

كذلك فإن هذه الخطوة المرجوة من مشرعنا المصرى ، سوف توفر الحماية القانونية لكل عقار يشيد ، أو منشأ ثابت يقام، وتدفع القائمين بالتشييد والبناء والمتدخلين فى هذا المجال عامة ، إلى بذل أقصى جهدهم من العناية والاهتمام بالعقار، حتى يأتى خالصا من كل عيب ، مبرأ من كل شائبة ، محققا للغرض الذى أنشىء من أجله ، فيتحقق بذلك صالح الفرد وصالح المجتمع .

وإذا كنا قد بينا أن تدخل المشرع الفرنسى فى بعض الحالات لم يكن ليضيف جديدا ، إذ كان قد أمكن للقضاء أن يتوصل إلى ذات النتيجة التى قررها المشرع وذلك عن طريق تحليله للعقود وإعادة تكييفها ، طبقا للغرض الذى يرجوا الأطراف تحقيقه منها، فأخضع بذلك كل هذه الحالات إلى أحكام المسئولية العشرية أو الثنائية قبل أن يتنبه المشرع الفرنسى لذلك إلا أننا قد أوضحنا فى حينه

أيضا [١٦] أن تدخل المشرع الفرنسى بالنسبة لهذه الحالات نفسها لم يكن ليخلومن الفائدة .

وعلى ذلك فإنه بالنسبة لهذه الحالات ،نرى أن تترك لمطلق تقدير المشرع المصرى ،إن أراد صرح بإخضاعها لأحكام هذه المسئولية، أو اكتفى بمجرد تقريره السكوتى لها ،وذلك بعدم إدانته لما يجرى عليه مسلك القضاء المصرى فى ذلك . وهو ذات المسلك الذى كان قد ارتضاه قبل ذلك القضاء الفرنسى منذ أمد بعيد .

---

(١٦) راجع،ما قلناه فى هذا الخصوص،ص٥٦٥ ومابعدها،فيما سبق .

المبحث الثاني

الأشخاص المستفيدون

تمهيد وتقسيم

قدمنا عند مطلع هذا الفصل [1]، أنه بينما تُثقل أحكام هذه المسئولية كاهل أناس، فإن البعض تحميه قواعدها . وأوضحنا في المبحث الأول منه من يخضعون لأحكام هذه المسئولية، وننتقل في هذا المبحث، إلى بيان من تقررت لصالحهم .

والقاعدة أن هذه المسئولية - سواء في القانون المصري أو في القانون الفرنسي - قد تقررت لصالح رب العمل، ولكن لما كان المال - كما يقول الأصوليون - غاد ورائح، بمعنى أنه، دائماً، في حالة حركة لا سكون، فإن مقتضى ذلك، أنه قد تنتقل ملكية العقار الذي تم تشييده، من ذمة رب العمل الذي شيد البناء، أو أقيم المنشأ الثابت لحسابه، إلى ذمة أخرى، بأي طريقة من طرق الاستخلاف المعروفة، أو تذهب عنه هذه الصفة بأي شكل من الأشكال، فهل تبرأ - بمجرد هذا الانتقال - ساحة من تُثقل كاهله أحكام هذه المسئولية، أم يظل يرزح تحت حملها ؟ وإلى متى يظل كذلك ؟!

كذلك هل يمكن القول، بأن التوسع الذي استحدثه المشرع الفرنسي، في الأشخاص الخاضعين لأحكام هذه المسئولية المشددة، كانت له أصداؤه، أيضاً، على الأشخاص المستفيدين من تلك الأحكام ذاتها ؟ أو بعبارة أخرى، هل اتسع نطاق المستفيدين من أحكام هذه المسئولية

---

(١) انظر فيما سبق، ص ٤٠٧ .

تبعا لاتساع نطاق المسئولين ؟

هذا وذاك ،ما سنتولى - إن شاء الله - بيانه فى هذا المبحث فى فرعين مستقلين : نخصص الأول منهما لرب العمل، وخلفه العام، باعتباره المستفيد التقليدى من أحكام هذه المسئولية بينما نجعل الثانى لدراسة أثر توسع المشرع الفرنسى فى نطاق الأشخاص المسئولين على نطاق الأشخاص المستفيدين .

الفرع الأول : رب العمل وخلفه العام .

الفرع الثانى : أثر التوسع فى الأشخاص المسئولين على الأشخاص المستفيدين .

....

الفرع الأول

رب العمل وخلفه العام

رب العمل وخلفه العام هم المستفيدون التقليديون من أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاولي البناء، منذ قيام هذه المسئولية وحتى عهد قريب، سواء في القانون المصري أو القانون الفرنسي .

وسنن المنهج يقتضينا دراسة كل منهما في مطلب خاص، يكون الأول، لرب العمل، باعتباره رأس الأمر، وذروة سنامه، في حين نخصص الثاني لخلفه العام .

المطلب الأول

رب العمل (١)

نعرض في هذا المطلب - إن شاء الله - لبيان من هو رب العمل ولماذا تقررت هذه المسئولية المشدّدة لصالحه، وما شرط استفادته

---

(١) جاء في مختار الصحاح، للرازي : سابق الإشارة ص ٢٢٨، "رب كل شيء مالكه " كما جاء في القاموس المحيط، للفيروز آبادي سابق الإشارة، ج ١، بداية، ص ٧٣ (باب الباء فصل الراء)" رب كل شيء مالكه ومستحقه، أو صاحبه، والجمع أرباب " .

منها ،ثم أخيرا،هل يمكن أن يعتبر المقاول الأصلي " رب عمل " بالنسبة للمقاولين من الباطن ؟

نبذة أولى : من هو رب العمل المقصود حمايته بهذه المسئولية الخاصة ؟

الأصل أن رب العمل المعنى هو ذلك لشخص الذى يشيد البناء، أو يقام المنشأ الثابت فى الحقيقة لحسابه ،سواء كان هذا شخصا طبيعيا أم معنويا ،خاصا أو عاما [٢].

---

(٢) بوبلى : المرجع السابق ،بند ١١٠ ص ٦٥ ، انسيكلوبيدى دالوز - قانون مدنى ط م ١٩٨١ بند ١٤١ ص ١٧ ،مالنفووجستاز المرجع السابق . بند ٥٥ ص ٧٠ ،ليت - فو : المرجع السابق ص ٢٠٤، ٣٤٦ .

وانظر فى تعريفه لائحيا : Norme AFNOR: P. 03, 001 de nov. 1972.

" Le maître de l'ouvrage est la personne physique ou morale .... pour le compte de qui les travaux (ou ouvrage) sont exécutés"

ويلاحظ عدم الخلط بين لفظ (رب العمل) "le maître de l' ouvrage" وهو كما قلنا من يتم العمل لحسابه . أى مالك العمل،وبين لفظ le maître d oeuvre وهو لفظ أن نطلق عليه : المشرف على العمل أو رئيس العمل ،وهو الذى يتولى إدارة العمل،وتسييره، والإشراف عليه ،وهو غالبا ما يكون المهندس المعمارى ،أو شخص آخر غيره يوليه رب العمل هذه المهمة وانظر فى التمييز بينهما : le contrat - type architect - client de 1980".

ورب العمل بهذه الصفة ،لايشترط أن يكون هو الذى أبرم عقد المقاولة بنفسه ،وإنما يكفى أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه ،ولحسابه الخاص عن طريق وكيل عنه ،سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية (٣).

كذلك ،لايشترط أن يكون رب العمل هو مالك الأرض التى يقام عليها البناء ،أو يشيد فوقها المنشأ الثابت ،فقد تكون الأرض غير مملوكة له ،وإنما بنى أو أُعطِى - لغرض ما ،وبأى طريقة كانت - حق البناء عليها لحسابه الخاص (٤)

وقد يكون رب العمل - طبقا لتعريفنا له - شخصا طبيعيا كفرد معين ،أو شخصا معنويا ،شركة أو مؤسسة أو جمعية ،كذلك قد يكون شخصا من اشخاص القانون الخاص ،كفرد ،أو شركة عقارية

---

(٣) انظر بالإضافة إلى ماجاء فى ص ٧٩ ، ٨٤ فيما سبق مازو (هـ ٠ ل ٠ ج) مطول المسئولية ج ٢ بند ١٠٧٠ - ٤ ص٦٥٠

(٤) مازو : الهامش السابق ،بوبلى : المرجع السابق بند ١١٠ ص ٦٥ ،مالنفو وجستاز : المرجع السابق ،بند ٥٥ ص ٧١ السنهورى : الوسيط ، ج ٩ بند ١٠٢ - ١١٤ ص ٢٧٣ - ٤١٤، فضيلة المرحوم الشيخ على الخفيف " الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية "، ط ١٩٦٩ ص ٥٩ - ٦٠ ٠

وانظر مجلس الدولة الفرنسى فى ٥ من نوفمبر ١٩٦٥،ج ٠ ك ب ٠ ١٩٦٦ - ٢ - ١٦٥٤٠ محكمة كان الإدارية فى ٣/١ / ١٩٦٠ ٠ دالوز ١٩٦٠ ص ٢٧٣ تعليق C. G. سيرى ١٩٦٠ ٠ ص ٢٠٠ مشار إليهما فى مازو : الهامش السابق ٠

تجارية أو مدنية ،أو شخصا من أشخاص القانون العام كالدولة،أو مؤسسة أو هيئة عامة أو مجلسا من المجالس المحلية ،كمجلس محافظة أو مجلس مدينة ...... وهكذا (٥).

نبذة ثانية : لماذا كان رب العمل هو المستفيد الأول بأحكام هذه المسئولية الخاصة ؟

رب العمل هو المتعاقد الآخر ،فى عقد المقاولة المبرم بينه وبين مؤجر العمل ،مهندسا معماريا ،كان أم مقاولاأوغيرهما من الفنيين المشاركين فى عملية التشييد والبناء وهو كما قلنا - الذى تتم هذه العملية لحسابه باعتباره المالك للبناء

---

(٥) انظر تقرير سبينيتا ، سابق الإشارة ،ص ٢٢ - ٢٤ ، ف مودرن : مقاله السابق ،المنشور فى المونيتير ٢٤ من إبريل ١٩٧٨ ص ٣٨ - ٣٩ ،لا بان : رسالته السابقه ،ص ١٦٨ ،بوبلى : المرجع، السابق ، بند ١٧١ ص ١٩٧ ، هذا ويشير سيادته فى البند ١٧٣ص ١٩٨ من ذات المرجع إلى ما يقضى به القضاء الفرنسى ،حين يكون رب العمل شركة مدنية عقارية ،من عدم الاعتراف لها بصفة المطالبة بتعويض الضرر الذى يلحق الجزء من العقار الذى يختص أحد الشركاء بتملكه ،فى حين يقضى بأن الشريك فى شركاتالبناء لايكون بإمكانه - إذالم يكن قد لحقه ضررشخص من جراء العيوب التى ظهرت فىالمبنى - أن يرفع دعوى الضمان العشرى .

وانظر بالإضافة إلى الأحكام والمراجع التى أشار إليها سيادته فى هامش ١٩ ،٢٠ بذات الصفحة ،مودرن ،مقاله السابق ص ٤١ عمود ٢ ،٣ والأحكام والمراجع التى ،، أشار إليها كاريلا، المرجع السابق : فصل أ ص ٤٦ هامش ٣٧٧ بها وص ٤٨ بهوامشها وانظر أيضا كاستوف فى مقاله : "Les actions ouvertes ou porteur de parts de La société immobilière" A.J.P.I. 1968 doc. P. 572, et s. col. 2.

المقام ،أو المنشأ الثابت الذى تم تشييده . وحدوث تهدم في هذا أو ذاك ،أو ظهور عيب فى أى منهما،يترتب عليه تهديد صلابة البناء وسلامته ،أو يجعله غير صالح للهدف الذى أنشىء من أجله ،لاشك إنما يعود ضرر ذلك كله مباشرة على رب العمل ،وهو الذى يتحمله دون غيره ،لذلك لزم عدالة أن يكون هو المستفيد الأساسى من أحكام هذه المسئولية الخاصة ،فيرجع بضمانها على المعماريين المساهمين فى عملية البناء والتشييد أو تبعا لظروف الحال ،وهكذا الغرم بالغنم (٦).

فرب العمل هو دائما المستفيد الأساسى ،بأحكام هذه المسئولية ،سواء فى القانون المصرى - قديمه وحديثه - أو فى القانون الفرنسى بمختلف تعديلاته (٧).

---

(٦) شنب : شرح أحكام عقد المقاولة . بند ١٠٦ ، ص ١٢٤، السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٣ ص ١١١ ،العطار :" تشريعات تنظيم المبانى ومسئولية المهندس والمقاول ، ط ١٩٧٢ بند ٥٣ ص ١٢٨ ، ياقوت: المرجع السابق . بند ٢٧ ص ٧٣ .

وانظر من الفقه الفرنسى :

مودرن :الهامش السابق، بويلى : المرجع السابق . بند ٣٢٠ ص ٢٠١،انسيكلوبيدى دالوز: السابق بند ٣٦١،ص ٣٧ ،كاستون : المقال السابق ص ١٠٠ عمود ١ ، المرجع السابق بند ٣٤١ - ٣٤٢ ص ١٦٤ ،كاريلا:المرجع السابق . فصل أ ص٥٤،ليت.فو : المرجع السابق ص ٣٤٦ الأساتذة مازو (هـ . ل . ج) مطول المسئولية ،السابق،بند ١٠٧٠ - ٤ ص ٦٥ وهامش ١ بها ودروس ج ٣ ،السابق،بند ٢/١٣٧٥ ص ٨٢٤ ومابعدها .

(٧) انظر المادة ٤٠٩/٥٠٠ من القانون المدنى المصرى القديم وكذا المادة ٦٥١ من القانون الجديد .

وانظر كذلك المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى منذ صياغتها الأولى بمدونة نابليون سنة ١٨٠٤،ثم التعديل الذى تم بقانون ٣ من يناير ١٩٦٧ ،وأخيرا التعديل الشامل بالقانون رقم ١٢ لسنة ٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ . وراجع فى ذلك: مودرن، مقاله السابق ص ٤٠ عمود ١، كاريلا: الهامش السابق، شكرى سرور هامش ٥ أعلاه

نبذة ثالثة : شرط استفادة رب العمل بأحكام هذه المسئولية

هذا ولما كنا قد انتهينا فى البند السابق ،إلى أنه لايشترط أن يكون رب العمل هو الذى أجرى العملية التعاقدية بنفسه ،وإنما يجوز أن يقوم بها وكيل عنه ،سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية ،فإن مؤدى ذلك ،وطبقا للأحكام العامة فىعقد الوكالة ،أن آثار التصرفات التى يبرمها الوكيل تنصرف مباشرة - سلبا أو ايجابا - إلى الموكل ،وكأنه هو الذى كان قد أجراها بنفسه (٨) وعلى ذلك فإن مباشرة دعوى الضمان تغدو من اختصاص رب العمل ،باعتبارها أثرا من آثار عقد المقاولة الذى أبرمه الوكيل عن رب العمل (٩) . خلال مدة الضمان .

أما إذا كان رب العمل قد فقد صفته هذه ،بأى سبب من أسباب فقدها ،كان يكون قد باع العقار لغيره ،أو وهبه ،أو تنازل عنه ،أو غير ذلك من أنواع التصرفات التى تنقل ملكية العقار، من رب العمل إلى آخر ،فإنه يكون بذلك قد فقد صفته كرب عمل، وبالتالى فلا يستطيع رفع دعوى ضمان المسئولية الخاصة (١٠) .

---

(٨) انظر، فيما سبق، ص٩٩ والمراجع المشار إليها بهوامشها

(٩) انظر، بالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى هامش ٦ أعلاه ، كاستون : المرجع السابق، بند ٣٤٣ وما بعده صفحة ٤٤ وما بعدها .

(١٠) انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها بهامش ٥ أعلاه :
شكرى سرور ،المرجع السابق بند ١٧٢ ص ١٩٧ .
فوسيرو : مقالها " توضيح المبهم فى مسئولية المعماريين"
" Le clair - obscur " de la responsabilité des constructeurs"
دالوز ١٩٧٧ . ص ١٨ عمود م بها . والأحكام المشار إليها فيها .

كذلك فإن رب العمل قد يفقد صفته، كرب عمل، بالتسليم النهائى للأعمال وذلك حالة أن يكون العقار غير مشيد لحسابه فعلا، وإنما هو يتولى فقط عملية تشييده، ثم يقوم بعد ذلك بتوزيعه - أو توزيعها حالة تعددها - على أعضائه [(١١)] .

مثال ذلك، ما يحدث فى الشركات أو الجمعيات التعاونية للبناء، وكذلك فى المؤسسات أو الجمعيات النقابية أو الفئوية للبناء [(١٢)] . فهذه تعتبر أشخاصا اعتبارية تتمتع بصفة رب العمل طيلة فترة التشييد، وحتى تمام التسليم النهائى للأعمال التى تم تشييدها، ومن لحظة هذا التسلم تفقد صفتها كرب عمل، بحيث لا تستطيع أن تباشر دعوى الضمان العشرى أو الثنائى ضد من ساهم من المعماريين فى عملية التشييد [(١٣)]. فى حين تكون مباشرة هذه

---

(١١) شكرى سرور : الهامش السابق .

(١٢) وهذه فى فرنسا تعتبر من أشخاص القانون العام وتسمى "Associations Syndicales de reconstructions"

انظر مودرن : مقاله السابق ص ٤٠ عمود ١، ٢ والأعمال التى تمارسها تعتبر أشغالا عامة .

انظر كاستون : المرجع السابق بند ٣٤٢ ص ١٦٥ ويشير فى هامش ٣ بها إلى حكم محكمة التنازع فى ٢٨ من مارس ١٩٥٥ . راجع تعليق ليت قو عليه . المجلة الإدارية ١٩٥٥ ص ٢٨٥ .

(١٣) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٤ من نوفمبر ١٩٧٠ بلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٦١١ ص ٤٤٦ مشار إليه فى كل من مودرن المقال السابق، ص ٤٠ هامش ٢١، وفوسيرو : مقالها السابق ص ١٨ عمود ١، وشكرى سرور : المرجع السابق . هامش ١٨ ص ١٨٩ . كاستون الهامش السابق، بند ٣٤٤ بذات الصفحة والأحكام القضائية المشار إليها فى هامش ٨ بها .

وانظر فيما يتعلق بالمؤسسات أو الجمعيات النقابية أو=

الدعوى من اختصاص الأعضاء، الذين تم توزيع هذه العقارات عليهم، فهم الذين تكون لهم صفة رب العمل بتوزيع هذه العقارات عليهم وتملكهم لها،(١٤) حتى ولو نص على غير ذلك فى محضر التسليم والتسلم (١٥).

على أن تصرف رب العمل فى جزء شائع من العقار، بأى تصرف من أنواع التصرفات، لايسقط عنه صفة رب العمل، وبالتالى حقه فى مباشرة دعوى الضمان، عند توافر شروطها، وذلك لتعلق ملكيته على الشيوع للجزء الباقى له من العقار، بالعقار كله. فى حين أنه

= الفئوية. ف مودرن: مقال: " العلاقة بين المسئولية العقدية والعشرية والتقصيرية "Les rapports entre responsabilite contractuelle, responsabilité décennale et responsabilité extracontractuelle"

دالوز ١٩٧١ ص ٢٦٧.

(١٤) مجلس الدولة الفرنسى: ٢٥ ابريل ١٩٦٩. ليبون ١٩٦٩ ص ٢٣٠، الوقائع القانونية للقانون الإدارى (A.J.D.A. -) ١٩٦٩ ٢ رقم ٨٨ (حكمان) ص ٣١٢، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٩ ص ١٩٤ تعليق كورفى دالوز ١٩٦٩ ص ٤٩٨ تعليق ف مودرن نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ١٨ من يوليو ١٩٦٤ بيلتان ١ رقم ٣٩٥ ص ٣٠٧ (الدائرة الثالثة) فى ٢٣ من فبراير ١٩٦٨ بيلتان ١٩٦٨ - ٣ رقم ٧٧ ص ٦٣، ج. ك. ب ١٩٦٨ - ٤ ص ٤٩ وانظر لابان: المرجع السابق ص ١٦٩. وشكرى سرور: الهامش السابق

(١٥) مجلس الدولة الفرنسى فى ١٤ من فبراير ١٩٦٤ ليبون Tables ص ٩٣٩، فى ١٦ من أكتوبر ١٩٦٨ ليبون ص ٤٩٠، القانون الادارى (Dr. adm) ١٩٦٨ رقم ٣١٩ ص ٦٧ فى ٢٥ من ابريل ١٩٦٩ دالوز ١٩٦٩ ص ٤٩٨ تعليق مودرن فيما عدا بعض الاستثناءات الاجرائية. راجع فى ذلك: مودرن: المقال السابق المونيتير ٢٤ من ابريل ١٩٧٨ ص ٤٠ عمود ٢ وهامش ٢٧، ٢٨ بها.

لو انصب تصرفه على جزء مفرز من هذا العقار ،فإن صفة رب العمل تزول عنه بالنسبة لهذا الجزء المفرز الذى تصرف فيه ،وبالتالى فلا يحق له مباشرة دعوى الضمان عند تحقق السبب المقتضى له بهذا الجزء المفرز الذى تصرف فيه [١٦].

نبذة رابعة: نصل إلى النقطة الأخيرة من هذا المطلب ،والتى تخلص فى التساؤل عما إذا كان يمكن أن يعتبر المقاول الأصلى رب عمل بالنسبة للمقاولين المتخصصين ، الذين يعهد إليهم من باطنه ،بكل الصفقة ،أو بجزء منها ،بحيث يستطيع أن يرجع عليهم بدعوى الضمان العشرى أو الثنائى على حسب الأحوال ؟

المقاول الأصلى ،وإن كان يعتبر رب عمل بالنسبة للمقاولين من الباطن [١٧]وذلك بمقتضى عقد - أوعقود - المقاولة من الباطن

---

(١٦) وهذا كله تطبيق للقواعد العامة فى الملكية على الشيوع انظر فى ذلك :
العدة : " حق الملكية " ط ١٩٦٢ بند ١٢٣ ص١٦٦ - ١٦٧
السنهورى : الوسيط ج ٨ " حق الملكية " ط ١٩٦٧ بند ٤٨٨ ص٨٠٤ : ٨٠٩ ٠ المرحوم الشيخ على الخفيف " الملكية " سابق ص ٨٢ ٠ أحمد سلامة " الملكية الفردية فى القانون المصرى " ط ١٩٧٠ بند ٧٤ ص٢٤٦ - ٢٤٨ ٠

(١٧) السنهورى : الوسيط - ج ٧ بند ٦٣ ص ١١١ ٠ ياقوت: المرجع السابق ص ٧٤ ٠ شكرى سرور : المرجع السابق ٠ بند ٩٧٤ ص ١٩٩وبلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند٩١٨ ص١٥٣روسيل ومعاوضية ٠ المرجع السابق : E 2

المبرم بينهم ، إلا أن هذا فى الحقيقة من باب المجاز القانونى، ذلك أن رب العمل الحقيقى بالمفهوم الذى عرفناه به فى موضعه من هذا المطلب [١٨]، هو ذلك الذى يقام البناء أو يشيد المنشأ الثابت لحسابه فعلا ، أو بعبارة أخرى هو المالك الحقيقى لذلك البناء أو المنشأ الثابت الذى تم تشييده .

ولما كان المقاول الأصلى - بداهة - ليس على هذه الصفة إذ أنه ليس هو المالك الفعلى والحقيقى للبناء ، أو المنشأ الثابت، الذى عهد بتنفيذه كليا أو جزئيا، إلى المقاول - أو المقاولين - من الباطن بمقتضى عقد المقاولة من الباطن ، فإنه لايستطيع ، أن يباشر دعوى الضمان العشرى، أو الثنائى، ضد المقاول من الباطن، إذا ما حدث التهدم، أو ظهر العيب المعتبر فى البناء، أو فى الجزء الذى قام هذا الأخير بتنفيذه منه [١٩]. وهذا هوماتغياه المشرع المصرى ونص عليه فى الفقرة الرابعة من المادة ٦٥١ مدنى جديد . حيث قضى صراحة بعدم سريان هذه المادة (أى المادة ٦٥١م) على ما قد يكون للمقاول الأصلى من حق الرجوع على المقاولين من الباطن [٢٠].

---

(١٨) انظر، فيما سبق، ص ٥٧٢ وما بعدها .

(١٩) شنب : المرجع السابق . بند ١٠٦ ص ١٢٥ السنهورى الوسيط ج ٧ بند ٦٣ ص ١١١ وما بعدها وبند ١٢٢ ص ٢١١ ، ٢٢٠ وهامش ١ بها . أيضا بند ١٢٥، ص ٢٢٩ " ياقوت المرجع السابق بند ٢٧ . ص ١٧٤ شكرى سرور المرجع السابق بند ١٧٤ ص ١١٩٩ .

(٢٠) م ٦٥١ - ٤" ولا تسرى هذه المادة على ماقديكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن "وهو حكم مستحدث فى القانون المدنى الجديد . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ . م ٦٥١ ص ١٩ وما بعدها .

ولقد علل واضعوا القانون استحداث هذا النص ،بأن المقاول والمقاول من الباطن ،يكونان فى العادة متساويين من الناحية الفنية ،فليست هناك إذن حاجة لاستحداث مسئولية استثنائية فيما بينهما (٢١) .

ونحن من جانبنا نرى أن هذا تعليل قد تجاوزه الزمن وينبغى إعادة النظر فيه . ذلك أنه بعد مرور قرابة أربعين سنة من التطور ،والتقدم العلمى ،والتكنولوجى المستمروالمتزايد، يوما بعد يوم،فى فن التشييد والبناء،والميكنة شبه التامة لهذا المجال ،والتطاول المستمر فى البنيان والاتساع المتزايد فيه بحيث أصبح المبنى الواحد يتسع لحى بأكمله ،بكل مرافقه وخدماته (٢١)م نظرا لكل ذلك ،فقد أصبح محل شك فعلا ،أن يكون المقاول الأصلى والمقاول من الباطن ،متساويين من الناحية الفنية ،مساواة تنعدم معها الحاجة إلى استحداث مسئولية استثنائية فيما بينهم ،بل إننا نستطيع أن نقرر - إزاء

---

(٢١) مجموعة الاعمال التحضيرية . ج ٥ ص ٢٣ " حيث استفسرت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب حينذاك ،عند عرض مشروع القانون عليها ،عما إذاكانت المسئولية الاستثنائية الواردة بالمادة ٦٧٩ من المشروع (م ٦٥١ من القانون) تنطبق على العلاقة بين المقاول الأصلى والمقاول من الباطن فاجيبت بأن الفقرة الرابعة من المادة ذاتها صريحة فى أن هذه المسئولية الاستثنائية استحدثها المشرع ،إلى جانب السئولية المقررة ، بالقواعد العامة ،لأنصاحب العمل لايمكن اعتباره فى مستوى المهندس من الناحية الفنية . أما المقاول والمقاول من الباطن فهما من الناحية الفنية متساويان ،فليست هناكإذن حاجة إلى استحداث مسئولية استثنائية فيمابينهما .

(٢١) مكرر - قرب من ذلك : فتحى غيث : قانون المهندس ط ١٩٦٠ ص ١١ .

كل ماجد فى مجال التشييد والبناء ،وما ستأتى به الأيام من جديد ،من إغراق فى التخصص ،وتنوع وتباين فى مختلف الفنون المتصلة بهذا المجال - أن المقاول الأصلى ،لايكاد يختلف كثيرا عن رب العمل العادى ،من حيث مستواه الفنى،بالنسبة للمقاولين من الباطن،المتخصصين فى فنونهم المختلفة،ومجالاتهم المتعددة .

وعلى ذلك فإننا نرى أن الدوافع التى حدت بمشرع الأمس، إلى تقرير هذه الحماية القانونية الاستثنائية لرب العمل،لكافية بذاتها لأن تدفع مشرع اليوم لتقرير نفس هذه الحماية الاستثنائية، بالنسبة للمقاول الأصلى ،ضد المقاول من الباطن ،بحيث يستطيع أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الضمان العشرى،متى توافر سبب هذا الرجوع . وبذلك نكون قد ساوينا بين الاثنين فيما يتعلق بخضوعهما لهذا الضمان ،مساواة استدعاها ماجد من ظروف وما استحدث من متغيرات فى مجال التشييد والبناء (٢٢)

أما فى الجانب الفرنسى فإنه وإن كان القانون المدنى هناك - مثله مثل القانون المدنى المصرى القديم - لم يتضمن نصا - مماثلا لنص المادة ٦٥١ فقرة (٤) مدنى مصرى سالفة الذكر، يقضى بعدم سريان أحكام الضمان العشرى،أوالثنائى،على المقاولين من الباطن . إلا أن غالب الفقه والقضاء هناك على هذا الرأى (٢٣)

---

(٢٢) انظر،فيما يترتب على إخضاع المقاولين من الباطن للمسئولية الخاصة بالمعماريين،ما سبق أن قلناه من ص ٤٣٢: ٤٤٩ .

(٢٣) جيلوار Guillouard الإيجار ج ٢ بند ٨٦٢ ،ديباج DE PAGE ج ٤ بند ٨٩٦ برنارد سان موريس B.SAint MAURice (رسالته السابقة عن مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين بعد انتهاء العمل " رسالة من جرينوبل ١٩٤٠) ص ٩٧ ، بها . بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٢ ص ١٩٦ ،مازو:دروس بند ١٣٧٩ - ٣ ص ٨٣٣ ،رينيه تافو R. TAFFO فى العلاقات بين المقاول من الباطن ،والمقاول الأصلى ورب العمل فى النظام=

ولقد أكد المشرع الفرنسى من جانبه هذا الرأى الغالب وذلك بطريق مفهوم المخالفة للمادة ١٧٩٢ - ١ التى استحدثها بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ من يناير سنة ١٩٧٨، حيث ذكر فيها من يعتبر معماريا مشيدا لعمل، يخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة دون أن يذكر المقاول من الباطن، ضمن من أدرجهم بها (٢٤) مما يستفاد منه أن هذا الأخير لا يخضع لأحكام هذه المسئولية .

ومن الجدير بالذكر أن نقرر هنا أن الرأى الغالب فى الفقه والقضاء البلجيكى، يذهب إلى إخضاع المقاول من الباطن فى العلاقة فيما بينه وبين المقاول الأصلى، لأحكام مسئولية المعماريين، معتبرا هذا الأخير رب عمل بالنسبة له، له كافة حقوق رب العمل، قبل المقاول المتعاقد معه، بمعنى أن يكون بمكنة المقاول الأصلى الرجوع على المقاول من الباطن، بمقتضى أحكام هذه المسئولية الخاصة، وليس بمقتضى أحكام القواعد العامة. ويرى أنه من غير العدل، كما أنه ليس بمستساغ عقلا، أن تحمل المقاول الأصلى النتائج الضارة للخطأ الذى ارتكبه المقاول من الباطن دون أن نعطيه حق الرجوع عليه بنفس الأحكام التى أدين

= الفرنسى الداخلى والعلاقات الدولية "رسالة باريس ١٩٨١ بند ١٧٩ ص ١٨٧ وما بعدها وانظر أيضا : نقض فرنسى (دوائر مجتمعة) فى ١٢ من فبراير ١٩٦٨ دالوز ١٨٦٨ - ١ - ٥٠٢، نقض تجارى فى ٢٣ من نوفمبر ١٩٧٠ مجلة القانون البحرى الفرنسى R.D.M.F ١٩٧١ ص ٦٢٢ نانسى فى ٢٢ من مايو ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠ - ٢ - ٣٥٧، السين التجارية ١٧ من نوفمبر ١٩٢٨ المجلة التجارية الفرنسية R. Com. F. ١٩٢٩ بند ١٧٦٩، جازيت دى باليه ٥ من مارس ١٩٢٩، الهافر الجزئية فى ٣٠ من يناير ١٩٧٥ . جازيت دى باليه ١٩٧٦ - ٢ ص ٦٢٣ تعليق روليه . وانظر فى الاتجاه المضاد : كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ج ٢ بند ١١٠٥، ريموند نيجر R.NEGRE ; المرجع السابق، بند ١٤ ص ٣٢ .

(٢٤) راجع، فيما سبق، نص المادة ١٧٩٢-١ ص ٦٥ هامش ٢٥ بها .

بمقتضاها (٢٥) . ولقد أكدت محكمة النقض البلجيكية فى حكم حديث لها هذا الاتجاه (٢٦).

---

(٢٥) انظر من الفقه البلجيكى على سبيل المثال :
G.Bricmont : " la responsabilité des architectes et entrepreneurs en dr. belge et dr. français " éd. 1965 (BRUXelles - Paris) N° 87 P. 94 et S. , A. Delvaux : " Traité juridique des Bâtisseurs " 2° éd. 1968 , N° 436 P.665, Frémy Ligenuille et perriquet :t. 1er N° 141 نقلا عن دلفو السابق :

Yvon HANNEQUART: "fe droit de la construction" Bruxelles 1974 N°153 P.98,

Simon DAVID- constant: " la responsabilité des arehitectes et entrepreneurs dans les jurisprudences française et belge " Mêlanges VOIRIN P.163 et s. Specialement P. 170, Pand . belges . V.entrepreneur d'ouvrage N° 375.

وانظر من القضاء البلجيكى على سبيل المثال :
Comm. Bruxelles : 7 déc . 1921 Jur. com . Brux . 1922 P. 43 , Comm liège 19 nov. 1930 jur. liège 28 janv. 1931 N° 4 P. 30

(٢٦) Cass. Belg . 5 mais 1967. Pas . 1967, 1, 1046, journ. Trib 1967 P. 591.

المطلب الثانى

الخلف العام (١)

بعد أن بينا فى المطلب السابق ،كيف انصرف دعوى الضمان العشرى،كأثر من آثار عقد المقاولة ،إلى رب العمل ،باعتباره الطرف الآخر فى هذا العقد، مع المهندس المعمارى ومقاول البناء، نعرض فى هذا المطلب لبيان كيف تنصرف هذه الدعوى ،وكأثر من آثار ذلك العقد أيضا ،إلى الخلف العام لرب العمل .

تقضى المادة ١٤٥ من القانون المدنى المصرى الجديد بأن " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام .... "

كما أنه من المعلوم أن الخلف العام فى فرنسا ،يعتبر

---

(١) Ayant - Cause universel ou à titre universel

والخلف لغة هو " من جاء بعد " (مع سكون اللام أو فتحها) وبالتحريك فقط هو " ما استخلفته من شئ " (مختار الصحاح: للرازى . سابق - ص ١٨٥ عمود ٢)

وفى القاموس المحيط : (الخلف) بالتحريك ،أى بتحريك اللام هو : الولد الصالح ،فإذا كان فاسدا سكنت . وبالتحريك فقط هو : " ما استخلفته من شئ " . (القاموس المحيط ج ٣ نهاية ص ١٤٠ وأول ص ١٤١ . فصل الخاء باب الفاء) .

وجاء فى قاموس روبير : ROBERT فى اللغة الفرنسية - سابق - ص ١٤٧ عمود ٢ :

(Ayant - Cause) : personne qui a acquis d'une autre (L'auteur) un droit ou une obligation (acheteur , donataire héritier légataire).

استمرارا لشخصية سلفه إيجابا وسلبا ،فيخلفه فى التزاماته ، كما يخلفه فى حقوقه ،لأن العمومية فى الاستخلاف تقتضى وحدة لا تنفصم بين الجانب السلبى والجانب الإيجابى (٢).

ومقتضى أن تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام ٠ هو أن الحقوق التى ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث ،أو بعبارة أعم إلى الخلف العام ،بعد موت المورث المتعاقد (٣).

= وواضح أن تعريف روبير هو تعريف اصطلاحى أكثر منه لغوى والخلف اصطلاحا : هو الشخص الذى يتلقى من آخر حقا أو التزاما كالوارث والموصى له الخ٠

وعرفه المرحوم الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى بأنه " حلول شخص محل آخر فى علاقة قانونية تظل عناصرها الموضوعية على ماكانت عليه قبل الانتقال " مصادر الالتزام السابق ص ٢٤٠ ٠ والخلف العام : هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية " Ayant - cause universel " أو فى كسر منها "Ayant - cause à titre universel " باعتبارها مجموعة من المال كالوارث ، والموصى له بجزء من التركه فى مجموعها راجع فى ذلك : حلمى بهجت بدوى : نظرية العقد ط ١٩٤٣ ص ٢٩١،السنهورى الوسيط جـ ١ بند ٣٤٤ ص ٥٩٦ ٠

(٢) مازو (هـ ٠ل٠ج) وچيچلار : دروس جـ ٢ المجلد الأول " النظرية العامة للالتزامات " ط ٥ ١٩٧٣ بند ٧٤٩ ص ٧٧٣ السنهورى: الوسيط ٢ جـ ١ ص ٥٩٨ هامش٤ ويشير سيادته إلى : بيدان بند ٨٩٩ وانظر المادة ١١٢٢ مدنى فرنسى :

Art. 1122 C.C."On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayant-Cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte dela nature de la convention"

(٣) وانظر فى انصراف الآثار السلبية للعقد إلى الخلف العام وتأثير قواعد الميراث الشرعية فى مصر ٠ أنور سلطان ٠ بند ٢٧٠=

وبتطبيق ذلك على عقد المقاولة الذى نحن بصدده ، فإن الحقوق التى يرتبها هذا العقد لرب العمل ، تنتقل بعد موته إلى خلفه العام .

ولما كانت الاستفادة من أحكام هذه المسئولية الخاصة التى قررها كل من المشرع المصرى والفرنسى بشأن عقد المقاولة (٤) هى من أهم الحقوق التى يرتبها هذا العقد لرب العمل ، فإن مقتضى قواعد الاستخلاف العام ، إذن ، هو أن ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام لهذا الأخير .

وعلى ذلك ، فإذا توفى رب العمل ، انتقلت ملكية العقار محل العقد بما لها من حقوق (٥) من ذمة رب العمل ، واستقرت فى ذمة خلفه ، وترتب على ذلك ، أنه إذا حدث تهدم كلى أو جزئى ، أو ظهر بالعقار المشيد عيب يترتب عليه تهديد متانته وسلامته ، أو جعله غير صالح للهدف الذى أنشئ من أجله ، فإن الحق فى مباشرة دعوى الضمان العشرى ، يكون من اختصاص الخلف العام لرب العمل ، الذى

= ص ٣٢٢ - ٣٢٣ ، السنهورى : الوسيط ، ج ١ بند ٣٤٦ ص ٥٩٨ ، وهامش ١ بها ، البدراوى : مصادر الالتزام ، ط ١٩٧٥ بند ٣٤٢ ص ٤٣٤

(٤) وذلك بالمادة ٦٥١ مدنى مصرى ، وتقابلها المادة ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى .

(٥) أخصها كما قلنا الاستفادة من قواعد وأحكام المسئولية الخاصة بالمهندسين المعماريين ومقاولى البناء ، أنظر النصوص التشريعية المشار إليها بالهامش السابق .

انتقلت إليه ،بموت هذا الأخير ،ملكية هذا العقار ،محل عقد المقاولة . باعتبار أن هذه الدعوى من الحقوق التى رتبها هذا العقد لسلفه ،تنتقل إليه تابعة لانتقال ملكية العقار . وعلى هذا يجمع كل من الفقه والقضاء ،سواء فى مصر [٦] أم فى فرنسا [٧] .

هذا ولا تنبغى المحاجة فى ذلك بما ورد فى عجز المادة ١٤٢ مدنى مصرى [٨] فى أن آثر العقد لاينصرف إلى الخلف العام

---

(٦) محمد كامل مرسى : العقود المسماه ج ٤ سابق . بند ٦٠٤ ص ٥٠٩ ،توفيق حسن فرج : فى مذكراته لطلبة كلية الهندسة جامعة الاسكندرية عام ١٩٥٨، سابق، ص ٣٧ ،شنب: المرجع السابق بند ١٠٦ ص ١٢٤ ،وعقد البيع، ط ١٩٦٢ بند ١١٩ ص ١٤١ ، السنهورى: الوسيط ج ٧ بند ٦٣ ص ١١١ ،عنبر : المرجع السابق ، بند ١٦٢ ص ١٩٥ . ياقوت : المرجع السابق، بند ٢٨ ص ٧٥ - ٧٨ .

(٧) بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٦١ ص ٩٠٧، مازو . (هـ . ل . ج) مطول المسئولية المدنية ١٠٧٠ - ٤ ص ٠٦٧ ،دروس : د١٤٧ - ٢ ص ٨٢٤ وما بعدها، لابان : المرجع السابق ع١٧٧، بوبلى : المرجع السابق بند ٣٢٢ ص ٢٠١ وما بعدها كاريلا : السابق فصل I ص ٤٥ وما بعدها ،ليت - فو : المرجع السابق ص ٣٤٦
نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ٤ من فبراير ١٩٦٣ ، ج . ك . ب ١٩٦٣ - ٢ - ١٣١٥٩ تعليق ر . سافاتييه . المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٣ ص ٥٦٤ تعليق كورنى، فى ٢٣ من مارس ١٩٦٨ دالوز ١٩٧٠ ص ٦٦٣ تعليق جستاز ، باريس ١١ من يناير ١٩٠٦، جازيت دى باليه ١٩٠٦ - ١ ص ٢٣١ . إكس فى ٥من أكتوبر ١٩٥٤، ج .ك. ب ١٩٥٥ - ٢ - ٨٥٤٨ تعليق رودبير ، مجلس الدولة الفرنسى فى ٦ من يناير ١٩٦١ . ليبون ١٩٦١ ص ٩ فى ٣ من مارس ١٩٦٦ ليبتون ١٩٦٦ ص ٢٥٤ .

(٨) " ....مالم يتبين من العقد أومن طبيعة التعامل أو من نص القانون ،أن هذا الأثر لاينصرف إلى الخلف العام ".

للمتعاقدين ، إذا تبين ذلك من العقد صراحة أو ضمنا ، أو من طبيعة التعامل ، أو من نص القانون .

ذلك أن هذه الاستثناءات لامحل لتطبيقها على الحالة المعروضة على بساط البحث . إذ أن المتعاقدين لايمكنهم أن يتفقوا على عدم انتقال دعوى الضمان العشري إلى الخلف العام ، لأن معنى هذا هو إعفاء من الضمان العشري ذاته ، أو على الأقل حد منه منصب على النطاق الزمني فيه ، وهذا وذاك يتعارض مع نص المادة ٦٥٣ مدني مصري (٩) ، وكذلك مع نص المادة ١٧٩٢ - ٥ من القانون المدني الفرنسي (١٠) كذلك فإن طبيعة هذا الحق لا تأبى الانتقال ، وليس هناك نص في القانون يمنع ذلك ، بل إن النص يؤكده ويحظر مخالفته (١١)

---

(٩) التي تنص على أن " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " .

(١٠) Art. 1792 - 5 (L. 78 - 12 , 4 janv . 1978) " Toute clause d'un contrat qui à pour objet , soit ——→ d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792 , 1792 - 1 et 1792 - 2 , soit d'exclure la garantie prévue à l'article 1792-3 ou d'en limiter la portée... réputée non écrite "

(١١) انظر في عرض هذه الاستثناءات :

السنهوري : الوسيط . ج ١ بند ٣٤٧ ص ٥٩٩ وما بعدها ، البدراوي المرجع السابق . بند ٣٤٣ ص ٤٣٥ وما بعدها ، أنور سلطان : المرجع السابق ، بند ٢٢٥ ص ٢٠٣ وما بعدها .

الفرع الثانى

المستفيدون فى ظل التعديلات التشريعية فى فرنسا لأحكام هذه المسئولية

تمهيد وتقسيم

أوضحنا فى الفرع الثانى من المبحث السابق ،كيف خطا المشرع الفرنسى خطوات واسعة ،نحو التوسع فى مجال تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء،وبينا كيف كانت لهذه الخطوات آثارها البعيدة،فى اتساع النطاق الشخصى المدين أو المسئول بأحكام هذه المسئولية ،لدرجة لم يعد معها وجود عقد المقاولة ضرورة من ضرورات تحققها .

ونحاول - إن شاء الله - فى هذا الفرع بيان عما إذا كان لهذه الخطوات التوسعية من المشرع الفرنسى آثارها أيضا على اتساع النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية، بمعنى هل غدا بمكنة أحد غير رب العمل ،الطرف فى عقد المقاولة، أن يستفيد - تأثرا بهذه الخطوات التوسعية - من أحكام هذه المسئولية المشددة .

ومقتضى قولنا " خطوات واسعة نحو التوسع " أن التدخل التوسعى من المشرع الفرنسى ،فى مجال تطبيق أحكام هذه المسئولية لم يتم مرة واحدة وإنما حدث حتى الآن فى مرتين متتاليتين ،وعلى مدى زمنى ليس بالبعيد إذ بينما حدثت الأولى سنة ١٩٦٧ كانت الأخرى عام ١٩٧٨ ،والليالى حبالى يلدن كل جديد .

وعلى ذلك، فإن منهج التطور ذاته يقتضى منا دراسة هذا الفرع فى مطالب ثلاث، نخصص الأول منها لبيان مدى أثر التدخل التشريعى الفرنسى الأول، بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧، على النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين، بينما نجعل الثانى منها للتدخل التشريعى الثانى، بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، فيما يتعلق أيضا ببيان أثره على هذا النطاق، وفى الثالث والأخير منها، نعرض لتقدير مسلك المشرع الفرنسى هذا، وبيان مدى حاجتنا لنهج مثله ٠ وبذا تكون خطة بحث هذا الفرع كالآتى :

المطلب الأول : أثر التدخل التشريعى الأول، بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ ٠

المطلب الثانى : أثر التدخل التشريعى الثانى، بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ٠

المطلب الثالث : تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسى، ومدى حاجتنا لنهج مثله ٠

***

المطلب الأول

المستفيدون في ظل أحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧

انتهينا في الفرع السابق إلى أن رب العمل - ومن بعده خلفه العام - هو المستفيد الأساسي من أحكام المسئولية الخاصة، محل دراستنا ،وذلك بمقتضى عقد المقاولة المبرم بينه وبين المعماريين الذين ساهموا في تشييد البناء أو إقامة المنشأ الثابت الآخر لحسابه .

وبينا كذلك ،أن رب العمل، كي يظل مستفيداً بأحكام هذه المسئولية الخاصة ،والتي أخصها دعوى الضمان العشري ،يجب أن يظل متمتعاً بصفته هذه ،أي صفة رب العمل ،طيلة فترة الضمان، بحيث إذا فقد هذه الصفة بأن تصرف في العقار المشيد ،بأي لون من ألوان التصرفات التي تنقل ملكيته منه إلى المتصرف إليه ،فإنه يفقد بذلك الحق في مباشرة دعوى الضمان ،وفي هذه الحالة يثور التساؤل : هل ينقضي الضمان الذي فرضه كل من المشرعين المصري والفرنسي حماية لهذا العقار ؟أم ينتقل إلى المتصرف إليه تبعاً لانتقال ملكية العقار ؟

قبل أن نعرض لبيان أثر التدخل التشريعي الأول من جانب المشرع الفرنسي على الإجابة على هذا التساؤل ، نود أن نوضح ما كان يجري عليه العمل على الساحة المصرية من جانب ،وعلى الساحة الفرنسية ،قبل هذا التدخل التشريعي ،من جانب آخر ،وسند هذا العمل في ذلك .

نبذة أولى : ماكان عليه العمل قبل التدخل التشريعي الفرنسي بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ .

بند اول: ماكان يجرى عليه العمل على الساحة المصرية، وسنده القانونى .

يجمع الفقه المصرى ،على حق الخلف الخاص [١] لرب العمل فى إقامة دعوى الضمان العشرى ،ضد كل من المهندس المعمارى والمقاول منفردين أو مجتمعين [٢] حالة حدوث تهدم كلى أو جزئى فى العقار أو ظهور عيب فيه يهدد متانته وسلامته [٣]،وذلك باعتبار أن هذه الدعوى تابعة للعقار المشيد ،تلحقه فى أى يد وجد هذا العقار، بل ودون حاجة إلى النص عليها صراحة فى العقد ،حتى ولو كان السبب الذى انتقلت به الملكية لايلزم الناقل بالضمان،مالم يتفق على غير ذلك وقت انتقال الملكية [٤].

---

(١) والخلف الخاص " Ayant - cause à titre Particulier " هو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أو فى حق عينى عليها، أو حق شخصى ،كالمشترى يخلف البائع فى العين المبيعة،والموصى له بعين فى التركة ،والمنتفع يخلف المالك فى حق الانتفاع،والمحال له يخلف المحيل فى الحق المحال به . راجع فى ذلك : أحمد حشمت أبو ستيت:" مصادر الالتزام " السابق ،بند ٢٩٥ ص ٢٧٧ ،عبد الحى حجازى : المرجع السابق . ص ٢٤٥ ، السنهورى : الوسيط . ج ١مصادر الالتزام ط ١٩٦٤ بند ٣٤٤ ص ٥٩٦ ،بند ٣٥٠ ص ٦٠٥ .

وانظر فى تعريف الخلف بصفة عامة ،لغة واصطلاحا هامش ١ ص ٥٨٥ فيما سبق .

(٢) لكونهما مسئولين بالتضامن (م ٦٥١ مدنى مصرى) الأمر الذى لم يقرره صراحة المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى،

(٣) انظر المادة ٦٥١ مدنى مصرى .

(٤) انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها بهامشى ٦ ،٧ ص ٥٨٨ فيما سبق ،شكرى سرور : المرجع السابق ،بند ٨٧٥ ص ١٩٩ وما بعدها ،مصطفى أبو علم : مقال " المسئولية عن تهدم البناء " مجلة إدارة قضايا الحكومة س ٢ ١٩٥٨ العدد الرابع ص ٢٧ ، ٢٩ .

على أننا نرى ، أن هذا الإجماع الفقهى فى مصر على انتقال دعوى الضمان العشرى إلى الخلف الخاص لرب العمل ، لن يعوزه السند التشريعى ، كما كان الحال فى فرنسا قبل صدور القانونين رقمى ٣ لسنة ١٩٦٧ ، ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالفى الذكر ، وطبقا لما سنأتى إليه بعد قليل .

ذلك أن المشرع المصرى - على خلاف المشرع الفرنسى - كان قد استحدث فى القانون المدنى الجديد أحكاما عامة للاستخلاف فى الحقوق والواجبات ، التى تنشأ عن العملية التعاقدية ، بين فيها كيف تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص لكل من المتعاقدين ، ويتم طبقا لها رجوع الخلف الخاص على المتعاقد مع سلفه ، بما كان لهذا السلف من حقوق أنتجها العقد قبل ذلك المتعاقد (٥)

---

(٥) م ١٤٦ مدنى مصرى " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، إذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه "

وتجدر الملاحظة ، أن التقنين المدنى الفرنسى - وكان قد نهج على منواله التقنين المدنى المصرى القديم - لم يتضمن نصا مقابلا لنص المادة ١٤٦ مدنى مصرى سالفة الذكر ، الخاصة بتنظيم أحكام الاستخلاف الخاص .

انظر فى ذلك : البدراوى : مصادر الالتزام ، السابق ، بند ٣٥٠ ص ٤٤٤ أبو ستيت : السابق ، هامش ١ ص ٢٧٩ ، الوسيط ج ١ هامش ١ ص ٦١١ وهذا - فى رأينا - ماجعل الفقه والقضاء الفرنسيين - كما سيأتى بعد قليل - يجتهدان فى محاولة الوصول إلى أساس قانونى لرجوع الخلف الخاص لرب العمل بدعوى الضمان ، على المعماريين .

وعلى ذلك ،فيمكننا القول:بأن الإجماع الفقهى فى مصر على حق الخلف الخاص لرب العمل ،فى الرجوع بدعوى الضمان العشرى على المهندس المعمارى أو المقاول ،أو كليهما منفردين أومجتمعين. يجد أساسه القانونى فى المادة ١٤٦ من القانون المدنى المصرى الجديد، التى نظم بها المشرع المصرى أحكام الاستخلاف الخاص فى الحقوق والواجبات، التى تنشأ عن العملية التعاقدية .

وإذا كان المشرع المصرى لم يقرر الحق فى هذا الرجوع بنص خاص ،ضمن أحكام عقد المقاولة، التى نظمها بالمواد من ٦٤٦ إلى ٦٦٧ من القانون المدنى الجديد ،فما ذلك إلا اكتفاء منه بالأحكام العامة للاستخلاف ، التى سبق له تقريرها ،وليس فى هذا ما يبعث القانون المدنى المصرى بالقصور ، أو يصم مشرعه بالتقصير(٦) .

بند ثان : ماكان يجرى عليه العمل على الساحة الفرنسية وسنده القانونى :

يكاد ينعقد أيضا إجماع الفقه الفرنسى (٧)،كما انعقد

---

(٦) انظر فى نفس المعنى : محمد كامل مرسى ،محمد لبيب شنب ،السنهورى ،فى المواضع المحددة بالمراجع المشار اليها بهامش ٦ ص٥٨٨ فيما سبق .

(٧) بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٦١ ص ٢٠٧ ،مازو (هـ . ل . ج) مطول المسئولية ج ٢ ط ١٩٧٠ بند ١٠٧٠ - ٤ص ٦٧، دروس ج ٣ مج ٢ ط ٥ سنة ١٩٨٠ بند ١٣٧٥ - ٢ ص ٨٢٤ وما بعدها . بوبلى : المرجع السابق بند ٣٢٢ ص ٢٠١ وما بعدها . ومقاله بعنوان :
Soliloque sur La tromsmission de L'action en garantie" J.C.P. 1974 1,2646 N^{0}4 ets.
=

إجماع قضائه (٨) على انتقال دعوى الضمان العشرى إلى الخلف الخاص لرب العمل ، بحيث يكون من حق ذلك الخلف أن يباشر هذه الدعوى ضد المهندس المعمارى أو المقاول أو غيرهم من المعماريين المشاركين فى عملية التشييد والبناء ، إذا حدث التهدم الكلى أو الجزئى بالعقار ، أو ظهر العيب الذى يهدد سلامته ومتانته ، أو يجعله غير صالح لما أنشىء من أجله .

= لابان : الرسالة السابقة ص ١٧٧ ، كاريلا: المرجع السابق فصل أ ص ٤٥ وما بعدها ، ليت - فو : المرجع السابق، ص ٣٤٦ فوسيرو المقال السابق ص ١٨ عمود ٢ ، ص ١٩ عمود ١ ، التى ترى أن القضاء على حق فى استناده فى انتقال الدعوى على الطابع القانونى للضمان. مودرن : المقال السابق . ص ٤١.

وانظر عكس هذا الإجماع : كاستون : المرجع السابق بند ٣٦٢ ، ص ١٦٧ ، ومقاله السابق "

" Les actions ouvertes ....." A.J.P. I. 1968 P. 573 col.2.
ويشير الأستاذ الدكتور محمد ناجى ياقوت - بالإضافة إليه - إلى ليبلوند ص ١٥٨ ، راقون : فى مسئولية المعماريين ص ٢٧٢ (مرجعه السابق ص ٧٦ هامش ١٥٤ بها) وانظر أيضا : جستاز : فى تعليقه المنشور فى دالوز ١٩٧٠ ص ٦٦٣ على نقض ٢٣ من مارس ١٩٦٨ ومقاله بعنوان :

" Les mabfaçons de l'immeuble : par qui et à qui la garantie est-elle dùe . G.P.1969, 2.P.225."
الذى يرى أنه لولا هذا القضاء ، فإن مقتضى تطبيق القواعد العامة ألا يرجع الخلف الخاص إلا طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، ويضيف كاستون : مرجعه السابق هامش ٢٩ ص ١٦٨ .
" أن هذا الوضع يقترب من مركز المستأجر الذى لايمكنه أن يتصرف ضد المعماريين إلا طبقا لقواعد هذه المسئولية "

(٨) Cass .civ . 1er ch. 4 fèv. 1963.J.c.P. 1963,11,13159
N. Savatier . R.T.D.C. 1963, P.564 N.Cornu. , 26 Fèv.1963
B.1963, I, N° 122 P. 106, 17 juil. 1964, B.1964,I, N° 395.
=

ويرى كل من الفقه والقضاء الفرنسيين هذا الانتقال للحق فى دعوى الضمان هذه إلى الخلف الخاص لرب العمل ، يباشرها متى توافر السبب الموجب لمباشرتها ، حتى ولو كان السبب الذى انتقلت به الملكية إليه ، لايلزم الناقل بالضمان (٩) ، بل وحتى لو اشترط

---

p. 307 , 28 nov. 1967 D.1968 P.163, Cass. civ. 3° ch. 23 mars = 1968 D. 1970 P. 663 N. Jestaz , 3 janv , 1969, J.c.P. 1969, 11, 15863 N. Liet - Veaux, 12 nov. 1974 B. 1974, III, N° 407 P. 312 , 28 oct. 1975 B. 1975, III, N° 311, P.235, 22 fèv, 1978 B. 1978, III N° 93, P.73. C.A.Paris 11 janv. 1906 G.P. 1906 ,1,231. C.A.Aix 5 oct 1954, J.c.P. 1955, 11, 8548 N. Rodière.

وفى نفس الاتجاه مجلس الدولة الفرنسى .

C.E. 7 nov. 1952 Rec. leb. P. 843, A.J.D.A. 1953 P. 36 , 6 Janv. 1961 Rec. Leb . P. 5, A.J.D.A. 1961 P. 517, 30 mars 1966 Rec. leb. P. 254 , 5 mars 1969, J.c.p. 1969, 11, 15863 N. Liet - Veaux , Trib . Conflits 12 juin 1961 D. 1962 P. 127 N.LAMARQUE.

وانظر بالإضافة إلى كل ما سقناه من فقه وقضاء : سوان : المرجع السابق ج ١ بند ٩١ ص ٢٠٠ وهامش ١٤ ص ٢٠١ .

على أن مجلس الدولة الفرنسى يجيز لرب العمل أن يحتفظ لنفسه - عند البيع - بالحقوق المترتبة على هذا الضمان ، بشرط شهر هذا التحفظ مع تسجيل عقد البيع . الحكم الصادر فى ١٧ من مارس ١٩٦٧ جازيت دى باليه ١٩٦٧ - ٢ ص ١٠٥ .

وانظر تعليق الأستاذ الدكتور محمد شكرى سرور ، على هذا النظر ، الذى نلتقى معه فيه ، مرجعه السابق بند ١٧٦ ، ص ٢٠٢ .

(٩) كما لو كان التصرف قد تم بطريق الهبة .

عدم الضمان فى العقد [١٠]. ذلك أن مثل هذا الشرط إنما يهدف مشترطه من ورائه ، أن يجعل ناقل الملكية بمنأى من كل رجوع ، وليس حرمان من انتقلت إليه الملكية من الدعوى ، التى كان للسلف حق رفعها على المهندس المعمارى أو المقاول ، أو غيرهما من المعماريين والتى غدت لايستطيع هذا الأخير رفعها ، لفقدانه الصفة بالتصرف وافتقاده المصلحة بشرط عدم الضمان [١١] .

على أنه إذا لم يعوز الإجماع الفقهى المصرى سنده القانونى فان الأمر عكس ذلك ، بالنسبة للإجماع القضائى الفرنسى، وشبه الإجماع الفقهى هناك . حيث أنشأ كل من الفقه والقضاء يبحث عن الأساس القانونى لما اجمع عليه من حق الخلف الخاص فى مباشرة دعوى الضمان ، ضد كل من المهندس المعمارى والمقاول، وغيرهما من المعماريين ، وما ذلك - فى تقديرنا ، - إلا لغياب النص التشريعى الذى كان يمكن أن يكون سندا لهذا الإجماع ، كما هو الحال فى القانون المصرى [١٢].

---

(١٠) بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٦١ ص ٢٠٧، كاربلا المرجع السابق . فصل أ ص ٤٦ ، وأنظر أيضا ، استئناف رن فى ٩ من إبريل ١٨٧٠ دالوز ١٨٧٢ - ٢ ص ١١٠ مشار اليه فى كل من : بلانيول وريبير ورواست : الموضع السابق هامش ٣ ، محمد كامل مرسى : المرجع السابق . هامش ٢ ص ٥١٠ ، السين الجزئية فى ٧ من يوليو ١٩٤٤ سيرى ١٩٤٥ - ٣ - ٩، مشار إليه فى شنب : المرجع السابق هامش ٢ ص ١٢٤ . واستئناف انجيرس Angers فى ١٣ من يونيو ١٩٦٢ جازيت دى باليه ١٩٦٣ الملخص ص ٤٣.

(١١) محمد كامل مرسى : المرجع السابق بند ٦٠٤ ص ٥١٠ توفيق حسن فرج : مذكراته السابقه ص ٣٧، شنب : المرجع السابق . بند ١٠٦ ص ١٢٤، السنهورى : الوسيط ج٧ بند ٦٣ ص ١١١ هامش ٧ بها، ياقوت : المرجع السابق . ص ٧٧ هامش ١٥٧ بها .

(١٢) انظر فيما سبق، ص ٥٩٣ وما بعدها وهامش ٥ بها .

وبحثا عن هذا الأساس القانونى ،ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الضمان الذى أوجبه القانون على المعماريين ،إنما يشكل حماية قانونية مرتبطة بملكية العقار ،وليس بشخص رب العمل ،وأن، هذه الحماية تسير مع الملكية حيثما سارت (١٣).

ثم أضافت فى حكم لاحق "وحيث إن مدة العشر سنوات المنصوص عليها فى المادتين ١٧٩٢ ،٢٢٧٠ مدنى ،هى مدة اختبار لسلامة ومتانة البناء ،وحسن تنفيذ الأعمال فيه ،فلاشك أن النتيجة الطبيعية لذلك، أن الحق فى دعوى الضمان لايكون مرتبطا بشخص رب العمل،وأنه فى حالة بيع العقار ،فى خلال مدة الضمان سالفة الذكر ،فإن هذا الحق يتبع العقار المبيع ،باعتباره مرتبطا به ،ومعينا له ،وباعتبار أن المالك الحالى للعقار هو الشخص الوحيد الذى يكون فى مقدوره اكتشاف متانة وسلامة البناء ،وحسن تنفيذ الأعمال فيه من عدمه "(١٤)

---

(١٣) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٧ ،دالوز ١٩٦٨ ص ١٦٣ ،جازيت دى باليه ١٩٦٨ - ١ ص ١٢٠،المجلة الفصليه للقانون المدنى ١٩٦٨ ص ١٩٣ تعليق : كورنى ،ص ٣٦٣ تعليق درّى ، والوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٨ ص ٥٩٠ تعليق كاستون ،ويحيل فيه إلى مقاله المنشور بذات المجلة صفحة ٥٧٢ تحت عنوان " الدعاوى المتاحة لحامل الأسهم أو الحصص ،فى الشركات العقارية .

" Les actions ouvertes au porteur de parts de la société immoblière"

(١٤) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٢٣ من مارس ١٩٦٨ بيلتان ١٩٦٨ - ٣ رقم ١٣١ ص ١٠٤ ،دالوز ١٩٧٠ ص ٦٦٣ تعليق بند جستاز ،وفى نفس المعنى كاستون : المرجع السابق بند ٣٦٢ ص ١٦٧، كاريلا : المرجع السابق . فصل I ص ٤٥ .

كذلك ،فقد حاول بعض الفقه الفرنسى [(١٥)] تبرير هذا الرأى، بأنه مجرد تطبيق لفكرة " الالتزام العينى " باعتبار أن هذا الضمان ،هو التزام وضعه القانون على عاتق المعمارى ،أو من فى حكمه،سواء كان مهندسا معماريا ،أو مقاولا ، أو غير ذلك ،وهو التزام لصيق الصلة بملكية العقار المشيد ،لدرجة أنه يتبعها فى أى يد تكون ،حتى أن بعض الشراح عرفه بأنه الالتزام الذى ينتقل مع العين، الى الخلف الخاص من جهة ،والذى يمكن التخلص منه بالتخلى أو الترك لهذه العين من جهة أخرى [(١٦)].

---

(١٥) الأساتذة مازو (هـ ٠ ل ٠ ج) مطول المسئولية ،سابق بند ١٠٧٠ - ٤ ص ٦٧ ٠ وانظر فى عرض هذه الفكرة ونقدها ٠ بوبلى المرجع السابق ،ط ١٩٧١ بند ٢١٠ ص ١٤٨ ٠

(١٦) انظر رسالة الدكتور / عبد العزيز عبد القادر أبو غنيمة فى " الالتزام العينى بين الشريعة والقانون" دراسة مقارنة ٠ ط ١ ١٩٧٢ ٠ دار النهضة العربية ،مصر ،بند ٢ ، ص ٩ ويشير فى هامش ٢ من ذات الصفحة إلى تعريف الأستاذ بالبى BALBI فى رسالة من تورينو ١٩٥٠ فى الالتزام العينى ٠ كما ينقل بذات الهامش تعريف الأستاذ أبركان Aberkane للالتزام العينى الذى جاء فى رسالته " محاولة وضع نظرية عامة للالتزام العينى فى القانون الوضعى الفرنسى : " Essai d'une théorie générale de l'abligation propter rem en dr. positif français " رسالة من باريس ١٩٥٧ ٠ بند ٨٨ ص ١٠٦ ،وانظر بالإضافة إلى ماذكر المراجع المشار إليها فى هامش ١٤ ص ٦٧ من مطول المسئولية لمازو ٠ سابق الإشارة ، الوسيط السنهورى ج ٨ ط ١٩٦٧ دار النهضة العربيه ٠ مصر بند ١٠٠ ص ١٨٨ وبند ٤٨٩ ص ٨٠٩ ٠

فى حين حاول بعض آخر من الفقه والقضاء تبريره، بأنه تطبيق لفكرة حوالة الحق، تلك الحوالة التى تتحقق ضمنيا لحظة البيع بمعنى أن ينتقل حق رب العمل فى دعوى الضمان - ضمنيا - إلى المشترى بمقتضى عقد البيع ذاته (١٧).

هذا هو المبدأ الذى أجمع عليه القضاء الفرنسى، والغالبية العظمى من الفقه هناك، على الوجه الذى أوضحناه، وهذه هى محاولات تبريره .

وتأسيسا على ذلك فإنه يصبح للخلف الخاص إذا كان مشتريا - وهذا هو الفرض الغالب - دعويان : إحداهما، دعواه ضد البائع، طبقا للأحكام الخاصة بضمان العيوب الخفية فى الشئ المبيع؛ من حقه أن يباشرها متى توافرت شروطها . والأخرى، دعواه ضد المعماريين المشيدين للعقار الذى ابتاعه، وذلك طبقا للأحكام الخاصة بالضمان العشرى أو الثنائى، على حسب الأحوال، مع ملاحظة أن كل ما يحصل عليه من تعويض - لو أقام الدعويين - لن يتجاوز مقدار الضرر

---

(١٧) بلانيول وريبير ورواست : السابق، ج ١١ بند ٩٦١ ص ٢٠٧، روديير : فى تعليق له على حكم لمحكمة استئناف إكس AIX فى ٥ من اكتوبر ١٩٥٤ . سابق الإشارة، أشار إليه كل من : ياقوت المرجع السابق ص ٧٧ هامش ١٥٦ بها، شكرى سرور : المرجع السابق ص ١٩٩ هامش ٢٢ بها، ص ٢٠١ هامش ٣١ بها، وانظر حكم محكمة انجيرس Angers فى ١٣ من يونيو ١٩٦٢، سابق الإشارة، ومشار إليه أيضا فى مازو : مطول المسئولية، سابق، ص ٦٧ هامش ١٤ بها، ويقرر الأساتذة مازو فى نهاية الهامش أن محكمة النقض الفرنسية تستند إلى الرابطة بين الضمان وبين الحق العينى .

وانظر فى الاعتراض على هذا الفقه، بوبلى : المرجع السابق بند ٣٢٥ ص ٢٠٣، فوسيرو : مقالها السابق، ص ١٨ عمود ٢ . حيث تذهب إلى أنه يلزم للاحتجاج بهذه الحوالة على المعمارى أن يعلن بها طبقا للمادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى وانظر أيضا، مودرن : المقال

الذى أصابه من حدوث التهدم ،أو ظهور العيب بالعقار (١٨)

كذلك ،فإنه بسلوك الخلف الخاص لهذا الطريق الأخير - أى دعوى الضمان العشرى أو الثنائى - تنغلق أمامه طريق دعوى المسئولية التقصيرية ، التى لم يكن لسلفه أن يباشرها ،طبقا للرأى الراجح القائل بعدم جواز الخيرة بين كل من المسئوليتين ،العقدية والتقصيرية (١٩). وذلك تطبيقا للقاعدة التى تقضى بأنه لايجوز أن

= السابق ص ٤١ ٠

(١٨) الاساتذة متزو (هـ ٠ ل ٠ ج) : فى مطول المسئولية سابق ٠ بند ١٠٧٠ - ٤ ص ٦٧ ،كاستون : المرجع السابق بند ٣٦٤ ص ١٧٢ وما بعدها ،جبتاز : فى تعليقه على نقض فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٢٣ من مارس ١٩٦٨ دالوز ١٩٧٠ ص ٦٦٣ ،المنشور أيضا فى جازيت دى باليه ١٩٦٩ - ٢ ص ٢٩٠ ؛ السنهورى : الوسيط ، ج ٧ بند ٦٣ ص ١١١ ،عنبر : المرجع السابق ٠ بند ١٦٢ ص ١٩٥ ،شكرى سرور : المرجع السابق ٠ بند ١٧٥ ص ٢٠١ ٠ويشير سيادته إلى حكم النقض الفرنسى سالف الذكر أخذا من دالوز ٠

(١٩) انظر فى مسألة الخبرة بين المسئوليتين : السنهورى: الوسيط،ج ١ بند ٥١٥ ص ٨٥٨ - ٨٦٢ ٠ والمراجع والأحكام المشار إليها فى هامش ١ ص ٨٦٠ وما بعدها ٠ الاستاذان مارو (هـ ٠ ل ٠) وتنك : فى مطول المسئولية ج ١ ط ٦ ١٩٦٥ ٠ من بند ١٧٣ ص ٢٢٦ الى بند ٢٠٧ ص ٢٦٠ ،ميشيل اسباجنون ٠ M.SPAGNON

" قاعدة عدم الجمع بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية " رسالة من باريس ١٩٨٠ ٠

يتمتع الخلف بأكثر مما كان لسلفه من حقوق [٢٠].

وينبني على ذلك أيضا أن الدائن العادي - وهو لايعتبر طبقا للرأى الراجح خلفا عاما أو خاصا لرب العمل[٢١] - لايستطيع أن يستفيد بأحكام المسئولية الخاصة - حالا بذلك محل مدينه وهو رب العمل - ضد المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهم من المعماريين

---

(٢٠) الأساتذة مازو (هـ . ل . ج) مطول المسئولية ، سابق بند ١٠٧٠ - ٤ ص ٦٨ ، بوبلى : المرجع السابق . بند ٢١٢ ص ١٤٩ ، كاستون : المرجع السابق . بند ٣٤٥ ص ١٧٣ . مودرن : مقاله السابق ، ص ٤١ ، نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ٩ من أكتوبر عام ١٩٦٢ ج . ك . ب . ١٩٦٢ - ٢ - ١٢٩١٠ تعليق إسمان ، دالوز ١٩٦٣ ص ١ تعليق ليت - فو ، فى ٢٨ من نوفمبر ١٩٦٧ المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٨ . ص ٣٦٣ تعليق ، درّى ، (الدائرة الثالثة) فى ٢٣ من مارس ١٩٦٨ . دالوز ١٩٧٠ ص ٦٦٣ . تعليق جستاز ، فى ٣ من يناير ١٩٦٩ . ج . ك . ب ١٩٦٩ - ٢ - ١٥٨٦٣ . تعليق . ليت فو .

(٢١) بيدان : ج ٩ (المجلد الأول) بند ٩٠٥ ، مازو هـ . ل . ج الهامش السابق ، عبد الحى حجازى ، مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ ص ٢٤٧ و ط ١٩٦٢ بند ٤٣٥ ص ٦٩٨ . السنهورى : الوسيط ج ١ . هامش ١ ص ٥٩٦ . وانظر نقض مدنى مصرى فى ٢٣ من مايو ١٩٥٧ . مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٥٥ ص ٥٢٠ ، حيث اعتبرت المحكمة الدائن العادى من الغير بالنسبة لتصرفات مدينه الصورية أو التى تصدر منه بالتواطؤ مع دائن آخر إضرارًا به .

ممن ساهموا فى تشييد العقار الذى حل به سبب الضمان ،ذلك أنه وإن توافرت له المصلحة [٢٢] إلا أنه افتقد الصفة اللازمة للاستفادة من أحكام هذه المسئولية ،وهى صفة رب العمل ،أو من تلقى عنه ملكية العقار المشيد وإن نزل ،طبقا لصريح نص المادتين ١٦٤٦ - ١ ، ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى .

بند ثالث : حالات تطبيقية

بقى بعد ذلك أن تشير - استكمالا للبحث - إلى حالتين تطبيقيتين لمبدأ ارتباط دعوى الضمان - عشريا كان أم ثنائيا - بملكية العقار المشيد ،والتحاقها بها حلا وترحالا . هاتان الحالتان اللتان ظهرتا على الساحة العملية حديثا ،هما : حالة المشترى المستاجر ،أو كما تسمى بحالة " البيع الإيجارى "La location - Vente " وحالة " الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات أو الأجزاء منها "la copropriete" ولذلك نشرع فى بيان حكم كلمنهما على التوالى .

---

(٢٢) وذلك كمستأجر العقار، أو الجار، فليس لأى منهما أى حق عينى على العقار المشيد ،ولذلك فهو يعامل معاملة الغير ولا يستطيع أن يباشر ضد المعماريين ،أى دعوى مباشرة إلا طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية ،شأنه فى ذلك شأن الغير تماما، إلا إذا أراد أن يسلك طريق الدعوى غير المباشرة، مازو: مطول المسئولية السابق . بند ١٠٧٠ - ٣ ص ٥٧ لابان: السابق، ص ١٧٩ ،مودرن : السابق، ص ٤١ ،كاستون : السابق، هامش ٢٩ ص ١٦٨ ،ياقوت: السابق، ص ٨٠ وما بعدها ،شكرى سرور السابق بند ١٧٩ ص ٢٠٤ وما بعدها . وانظر بالإضافة إلى نقض ٩ من أكتوبر ١٩٦٢ المذكور (هامش ٢٠ أعلاه) نقض (الدائرة الثالثة) فى ٨ من مارس ١٩٦٨ بيلتان ١٩٦٨ - ٣ رقم ١٠١ ص ٨١ .

الحالة الأولى : المشترى المستأجر أوحالة "البيع الإيجارى" [٢٣]

وهذه الصورة مؤداها فى الواقع العملى ،أن يتفق مالك العقار مع المشترى / المستاجر على أن ملكية العقار لا تنتقل إلى هذا الأخير، إلا بسداد آخر قسط من الثمن المتفق عليه ،وتكون العلاقة فيما قبل ذلك، علاقة مؤجر بمستأجر ،فيكون هذا اتفاقا ابتدائيا ملزما لجانبيه، فى حدود ما اتفقا عليه ،إلا أنه قبل سداد القسط الأخير ،لا يترتب عليه سوى التزامات شخصية بين طرفيه، حتى ولو كان من شأن التعاقد النهائى أن ينقل حقا عينيا [٢٤].

---

(٢٣) وهذه صورة شاعت الآن فى مصر، وهى ما تعرف بتمليك الشقق ،كان من أهم أسباب ابتداعها أزمة الإسكان الطاحنة التى تعيشها البلاد، والأنظمة المعمول بها فى قوانين تأجير المساكن والتى من أهمها نظام الامتداد القانونى لعقد الإيجار ،ونظام تقدير الأجرة ،وثباتها بعد التقدير ثباتا لايتمشى البتة مع تطور الزمن ،وارتفاع الأسعار . انظر شكرى سرور : المرجع السابق بند ١٨٠ ص ٢٠٥ ، مازو (هـ . ل . ج) مطول المسئولية . سابق بند ١٠٧٠ - ٤ - ص ٦٨ .

جستاز المقال السابق

" Les malfaçons de l'immeuble......"

جازيت دى باليه ١٩٦٩ القسم الفقهى ص ٢٢٥ .

(٢٤) السنهورى : الوسيط : ج ١ سابق بند ١٣٨ ص ٢٧٣.

مازو : الهامش السابق ، جستار : الهامش السابق .

وطبقا لهذا الاتفاق الابتدائى أو الوعد بالبيع ، فإن ملكية العقار تبقى على ذمة مالكه ،ولا تنتقل إلى المشترى المستأجر إلا بسداد آخر قسط من ثمن العقار ،على الرغم من أن هذا الأخير يكون قد تسلم العقار وشغله فعلا (٢٥).

فإذا حدث تهدم (كلى أو جزئى) فى هذا العقار ،أو ظهر العيب المعتبر به . هل يكون لهذا المشترى / المستاجر - قبل سداد القسط الأخير من الثمن . أن يرجع مباشرة على المهندس المعمارى أو المقاول أو غيرهما من المعماريين بدعوى الضمان الذى لم تنته مدته بعد ؟

لم يبدُ أنّ محكمة النقض الفرنسية - حين طرحت عليها المشلكة فى عام ١٩٦٧ - قد تجاوزت المبدأ الذى سبق لنا بيانه حالا ذلك أنها قد فرقت فى حكمها (٢٦)،بين ما إذا كان المشترى المستاجر ،لحظة قيام موجب الضمان ،قد أصبح مالكا فعلا للعقار بأن انتقلت إليه ملكيته ،بسداده للقسط الأخير من ثمنه ،أم لايزال مستأجرا له ،ولم تنتقل إليه الملكية بعد ،أى أنه جار فى سداد الأقساط ،ولما يبلغ القسط الأخير منها بعد .

فإذا توافرت إلى جانبه الحالة الأولى ،صار من حقه الاستفادة بقواعد المسئولية الخاصة هذه ،وإقامة دعوى الضمان العشرى أو الثنائى مباشرة على معمارى العقار الذى غدا مالكا له .

---

(٢٥) مازو : الهامش السابق ،شكرى سرور : الهامش الأسبق .

(٢٦) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ٢٤ من أكتوبر ١٩٦٧ ج . ك . ب . ١٩٦٨ - ٢ - ١٥٣٦٠ . تعليق لندين R.LINDON . والمجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٨ ص ٣٦٣ تعليق كورنى .

أما إذا كانت الثانية حالته ،أنكرت عليه هذه الاستفادة وغدا مجرد دائن عادى • يسرى عليه ما سبق بيانه حالا بالنسبة للدائنين العاديين لرب العمل أو البائع •

وهذا الذى قررته محكمة النقض الفرنسية ،والذى يحظى بتأييد الفقه الفرنسى (٢٧) بصدد مسألة البيع الإيجارى هذه، هو بذاته ما تقرره القواعد العامة المقررة فى أحكام الاستخلاف والوعد بالتعاقد ،فى القانون المصرى ،والتى سبق لنا بيانها حالا (٢٨)

الحالة الثانية : حالة الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات

هذه الحالة ،وإن لم تخرج عن القاعدة التى سبق بيانها وهى قاعدة ارتباط دعوى الضمان العشرى أو الثنائى بالملكية، كعسكر أناط القانون به حمايتها ،إلا أن ما يدعونا إلى تخصيص بيانها ،هو الازدواج فى الاختصاص بالملكية فيها •

(أ) فى القانون المصرى

هذه الحالة ،هى ما تعرف فى القانون المدنى المصرى بملكية الطبقات التى نظمها بالمواد من ٨٥٦ - ٨٦٩ منه ،ونظمها القانون الفرنسى أيضا تحت اسم " الملكية المشتركة " بقانون ٢٨ من يونيو ١٩٣٨ ، الذى حل محله أخيرا القانون الصادر فى ١٠ من يوليو ١٩٦٥ •

---

(٢٧) انظر المراجع المشار إليها فى الهوامش من ٢٣ - ٢٦ السابقة • وانظر أيضا ،شكرى سرور : المرجع السابق ص ٢٠٦ على وجه الخصوص •

(٢٨) انظر، فيما سبق، ص ٥٨٧ وما بعدها و ص ٥٩٣ وما بعدها على التوالى •

والحال فى الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات ، أن العقار ينقسم إلى نوعين من الملكية ، ملكيات خاصة ، يختص بها الشركاء ، كل على قدر ملكه ، وهى الشقق أو الطبقات . وملكية مشتركة بين كل الشركاء لكل فيها بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه من العقار (٢٩) .

وعناصر الملكية المشتركة بينتها المادة ٨٥٦ مدنى مصرى التى قضت فى الفقرة الأولى منها بأنه " إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز ، وقواعد الأرضيات ، وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا مالم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه " .

وبطبيعة الحال ، فإن هذا التعداد ، هو على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ، بحيث يمكن أن يدخل فيه كل ما يأتى على شاكلته ، مما يسفر عنه التطور المستمر والمتزايد فى مجال التشييد والبناء ، ويكون مخصصا للاستعمال العام لكل الشركاء فى العقار . أما إذا كان مخصصا للاستعمال الخاص بأحد الشركاء أو بالبعض منهم ، فلا يعد عنصرا عاما فى العقار ولو خرج عن نطاق الشقة أو الطبقة ملكية هذا الشريك أو أولئك بل يعتبر عنصرا خاصا به أو بهم على حسب الأحوال (٣٠) .

---

(٢٩) فقرة ٢ من المادة ٨٥٦ مدنى مصرى .

(٣٠) وذلك كأنواع الأنابيب المختلفة فى داخل الشقة أو الطبقة او الحوائط التى تفصل بين شقتين فى طبقة واحدة أو السقف الذى يفصل بين طبقتين من طبقات العقار . انظر . السنهورى: الوسيط ج ٨ سابق . بند ٦١٤ ص ١٠٠٧ ، ٦٢٤ ص ١٠١٩ وما بعدها .

وكان مقتضى وجود عناصر مشتركة فى العقار - كما بينا - مخصصة لخدمة العقار ككل، أن ينظم أمر العناية بها وإدارتها، وصيانتها والمحافظة عليها وإلا كانت نهبا للضياع، وعرضة للتلف والفساد، شأنها شأن كل ماهو عام الاستعمال، الأمر الذى يترتب عليه بالضرورة قصور العقار ككل عن أداء الغرض الذى شيد من أجله، مما يرجع بالضرر على كل الشركاء.

وهذا ما أخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع المصرى، وهو يضع القانون المدنى الجديد، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٦٢ منه على أنه "حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق، جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم" كما نص فى الفقرة الثانية منها أنه " يجوز أن يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها"

كما نظم بالمواد ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥ اختصاصات وأعمال هذا الاتحاد، وكيفية مباشرتها، فنص فى المادة ٨٦٦ فقرة أولى منها على أن " يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته" ونص أيضا فى الفقرة الثانية منها بأن " يمثل المأمور الاتحاد أمام القضاء، حتى فى مخاصمة الملاك إذا اقتضى الأمر " (٣١).

وبذلك وصلنا إلى الازدواج فى الاختصاص بالملكية، الذى أشرنا إليه عند بداية حديثنا فى هذه الفقرة، من أنه كان داعينا إلى التعرض لها على استقلال. ويتمثل الازدواج هنا، فى أن ملكية الشقق أو الطبقات تنعقد لكل من الشركاء على انفراد، كل فى نطاق شقته أو طبقته، بينما تكون ملكية الأجزاء العامة، التى بيناها، للشركاء مجتمعين، ممثلين فى الاتحاد، الذى يمثله أمام

---

(٣١) انظر فى اختصاصات الاتحاد ومأموره. السنهورى. الوسيط. ج ٨، سابق، البنود من ٦٣٠ ص ١٠٢٩ إلى ٦٣٧ ص ١٠٤١.

القضاء مأموره (٣٢).

والتساؤل المطروح الآن هو ،من المختص إذن بمباشرة دعوى الضمان العشرى ،عند توافر مقتضاها ،ضد المهندس المعمارى أو المقاول ،أو كلاهما منفردين أو مجتمعين ؟

باستعراض نصوص التقنين المدنى المصرى التى أشرنا إليها بصدر هذه الفقرة ،يتضح أن دعوى هذا الضمان ،ينعقد لواء مباشرتها لاتحاد الملاك ،ممثلا فى مأموره ،حين يتعلق السبب الموجب للضمان بالأجزاء العامة أو المشتركة فى البناء ،وللملاك أن ينضموا إلى هذه الدعوى إذا أرادوا .

أما حين يقوم موجب الضمان بالأجزاء الخاصة من العقار المملوكة للشركاء على انفراد ،شقة كانت أو طابقا ،أو مجموعا من هذه أو تلك ،كانت مباشرة دعوى الضمان من اختصاص كل مالك للجزء الذى لحقه سبب الضمان على انفراد (٣٣) .

كذلك فان للملاك المشتركين أن يرفعوا دعوى الضمان هذه ضد المهندس المعمارى أو المقاول ،إذا تعلق السبب الموجب للضمان بالأجزاء العامة فى العقار ،حتى ولو لم يصب الأجزاء الخاصة بهم ضررا ،متى أثبتوا نكول مأمور الاتحاد فى رفع هذه الدعوى ،وذلك لقيام الصفة والمصلحة إلى جانبهم لمباشرة هذه الدعوى (٣٤).

---

(٣٢) انظر فى أن الاتحاد له شخصية معنوية مستقلة عن شخصية ملاك الطبقات أو الشقق ،وله تبعا لذلك ذمة مالية مستقلة السنهورى : الوسيط ج ٨ ،سابق ،بند ٦٢٩ ص ١٠٢٨ .

(٣٣) شكرى سرور : المرجع السابق . بند ١٨٢ ص ٢٠٧ .

(٣٤) محمد ابراهيم دسوقى : مذكراته لطلبة الدكتوراه بكلية الحقوق - جامعة أسيوط للعام الجامعى ١٩٨٣ - ١٩٨٤ بعنوان المسئولية المدنية للمهندس المعمارى والمقاول " ص ٥٢ وما بعدها .

(ب) فى القانون الفرنسى

أما فى فرنسا ،فإن الأمر قد تدرج زمنيا ،من قانون ٢٨ من يونيو ١٩٣٨ إلى قانون ١٠ من يوليو ١٩٦٥ - الخاصين بالملكيات المشتركة - فيما يتعلق بمباشرة دعوى الضمان .

١) ففى ظل أحكام قانون ٢٨ من يونيو ١٩٢٨ ظل القضاء الفرنسى - سواء فى ذلك الإدارى منه أو العادى - يفسر نصوص هذا القانون تفسيرا ضيقا . وبالتالى استمر قرابة ربع قرن من الزمان ينكر على اتحاد الملاك حق مباشرة دعوى الضمان العشرى ،مالم يكن موكلا بذلك صراحة من الملاك المشتركين للعقار (٣٥) بحجة أن هذا الاتحاد لا يختص إلا بالدعاوى التى تتعلق بالعقار ،أو تلك التى تختص بإدارته .(٣٦) أما دعوى الضمان ،فهى دعوى مرتبطة وجودا وعدما

(٣٥-٣٦)

C.E. 23 déc. 1964 Rec. leb. 1964 P. 656, 30 mars 1966, Rec. leb. 1966 P. 254 , D.A. 1966. N^{O} 168 P. 54 , 10 nov. 1967 Rec.leb. 1967 P. 419 , 5 mars 1969 J.c.P. 1969, 11, 15 863 N. Liet - Veaux, D.A. 1969 N 94 P. 59 .

وانظر ايضا : لابان : رسالته السابقة . ص ١٧٠ ،كاستون المرجع السابق . بند ٣٥٤ ص ١٥٨ ،مودرن : المقال السابق . ص ٤١ عمود ٢ . وانظر من الفقه المصرى : شكرى سرور : المرجع السابق بند ١٨٣ ص ٢٠٧ وما بعدها .

بالملكية ،والملكية منعقدة - سواء فى أجزائها الخاصة أوالمشتركة - للملاك المشتركين فى العقار ،وعلى ذلك فإن الاختصاص بدعوى الضمان العشرى ،لاينعقد إلا لهؤلاء ، باعتبارهم ملاكا للعقار ،سواء حدث موجب الضمان فى أجزائه الخاصة ،أم فى اجزائه المشتركة (٣٧) إلا أنه فى الحالة الأخيرة يلزم تدخل كل الملاك المشتركين فى الدعوى (٣٨).

---

(٣٧) نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ٩ من يناير ١٩٦٢ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٢ رقم ٢٨ ص ٢٤٩،فى ٢٨ من نوفمبر ١٩٦٧بيلتان ١٩٦٧ - ١ رقم ٣٤٩ ص ٢٦١ .

وانظر الدوريات المختلفة ، المنشور بها هذا الحكم وتعليقات الفقه عليه هـ ٠ ١٣ ص ٥٦٠ فيما سبق

ى (الدائرة الثالثة) فى ٣٠ من يناير ١٩٦٩بيلتان ١٩٦٩- ٣ رقم ٩٤ ، ٩٥ ص ٧٤ ، ٧٥ (حكمان) .

نيس الجزئية فى ١٥ من أكتوبر ١٩٦٢ الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٣ رقم ٩١ ص ٢٦٤ .

انظر أيضا من الفقه الفرنسى : كنا ناك J CABANAC مقال l'exercice de l'action en responsabilité décennale des architectes et entreprenevrs sous le régime de la copropriété " A.J.P. 1. éd. Loyers , 1964 P. 820.

ودانيال سيزير : مقال : " Le statut de la copropriété des immeubles bâtis (Application " de la loi n° 65 - 557 du 10 juil 1965 et du décret n° 67 - 223 du 17 mors 1967) J.C.P. 1969 , 1 , 2252.

كاستون : المرجع السابق : بند ٣٥٤ ص ١٦٨ .

(٣٨) لابان : الرسالة السابقة ص ١٧٠ ،كاستون : الهامش السابق كاريلا : المرجع السابق ،فصل I ص ٤٦ ،شكرى سرور المرجع السابق ،بند ١٨٣ ص ٢٠٧ ومابعدها .

ومع ذلك فهناك بعضا من قضاء الاستئناف قد أجاز لاتحاد الملاك مباشرة دعوى الضمان العشرى ، عندما تكون العيوب الموجبة لهذا الضمان مؤثرة فى العقار ككل (٣٩).

وفى مجال تطور قضاء النقض الفرنسى نحو جواز مباشرة دعوى الضمان العشرى بواسطة اتحاد الملاك ، أجازت الدائرة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية للاتحاد أن يتقدم إلى القضاء المستعجل بطلب تعيين خبير لإثبات حالة العيوب التى ظهرت بالعقار ، وتحديد الإجراءات اللازمة لعلاجها. (٤٠)

وفى مجال التعليق على هذا الحكم نرى أنه امتداد للقضاء السابق الذى لايجيز للاتحاد إلا الدعاوى التى يهدف بها إلى تحقيق الانتفاع بالعقار ، وحسن إدارته ، وحفظه وصيانته ، حتى يستمر فى تادية الغرض الذى أنشىء من أجله .

إلا أنه لم يمض أكثر من عام على حكم الدائرة الأولى بمحكمة النقض هذا ، حتى اجازت الدائرة الثالثة ، بذات المحكمة للاتحاد ممثلا فى مأموره ، بصفته ممثلا قانونيا للملكية المشتركة إقامة دعوى الضمان العشرى ضد بائع العقار، إذا قام السبب الموجب للضمان بالأجزاء المشتركة من العقار (٤١) واضطرد القضاء على ذلك ، العادى

---

(٣٩) جرينوبل فى ١١ من يناير ١٩٦١ ، دالوز ١٩٦١ ، الملخص ص ٤١ ، الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦٢ ص ١٠٦ تعليق كاباناك ، لابان : الهامش السابق ، كاستون : الهامش السابق .

(٤٠) فى ١٣ من نوفمبر ١٩٦٧ بيلتان ١٩٦٧ - ١ رقم ٣٢٨ ، ص ٢٤٧ ، لابان : الرسالة السابقة ص ١٧١ ، كاريلا : هامش ٣٨ أعلاه شكرى سرور : المرجع السابق ، بند ١٨٤ ص ٢٠٨ .

(٤١) فى ٢٢ من نوفمبر ١٩٦٨ بيلتان ١٩٦٨ - ٣ رقم ٤٨٧ ص ٣٧٢ .

منه والإدارى [٤٢].

ويعلل بعض الفقه الفرنسى [٤٣] هذا الاتجاه الجديد في القضاء، بأنه تأثر بالاتجاه التشريعى، الذى تجسد فى القانون الصادر فى ١٠ من يوليو ١٩٦٥، الذى حل محل قانون ٢٨ من يونيو ١٩٣٨ المذكور .

٢) فى ظل القانون رقم ٥٥٧ لسنة ١٩٦٥ الصادر فى ١٠ من يوليو ١٩٦٥ [٤٤] .

تقضى المادة ١٥ من القانون المذكور بأن " اتحاد الملاك لديه الصفة فى مباشرة الدعاوى أمام القضاء، مدعيا أو مدعى عليه، حتى ضد بعض هؤلاء الملاك أنفسهم، وله ذلك على وجه الخصوص - منفردا أو مشتركا مع واحد أو اكثر من هؤلاء، بقصد حماية الحقوق المتعلقة بالعقار .

---

(٤٢) نقض مدنى (٣) فى ٢٩ من مايو ١٩٧٠ بيلتان ١٩٧٠ - ٣ رقم ٣٧٢ ص ٢٧٠، ج . ك . ب . ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٤٧٩ تعليق Guillot مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٧١/٥/٢٩ ج . ك . ب . ١٩٧٠-٢-١٩٦٥ تعليق L,V فى ٨ من مارس ١٩٧٢ بيلتان ١٩٧٢ - ٣ رقم ١٦٢ ص ١١٦، مجلس الدولة الفرنسى . فى ٢٦ من نوفمبر ١٩٦٩ مجموعة ليبون .Rec. Leb ١٩٦٩ .Tab ص ٨٩١، فى ٩ من اكتوبر ١٩٧٠ مجموعة ليبون ص ٥٥٩، فى ١٧ من فبراير ١٩٧١ ليبون ص ١٤١، ج . ك . ب . ١٩٧١ - ٢ - ١٦٧٠٠ تعليق ليت - فو، فى ٢٧ من فبراير ١٩٧٤ ليبون ص ١٥٢ .

(٤٣) لابان : هامش ٤٠ أعلاه . كاريلا : المرجع السابق، فصل I ص ٤٦ هامش ٢٨٠ بها مودرن : المقال السابق، ص ٤٠ عمود ٣

(٤٤) الصادر بشأن الملكية المشتركة فى فرنسا والذى حل محل قانون ٢٨ من يونيو ١٩٣٨ .

ولكل من الملاك مشتركين، أن يباشر منفردا الدعاوى المتعلقة بالملكية أو الانتفاع، والخاصة بحصته المفرزة من العقار بشرط أن يخطر مأمور الاتحاد بذلك (٤٥).

ويجمع الفقه (٤٦) والقضاء (٤٧) الفرنسيان على أن لاتحاد الملاك، طبقا لهذا النص، أن يباشر دعوى الضمان العشرى إذا قام

---

(٤٥) Art. 15 (lai 65-557 du 10 Juill. 1965) " Le syndicat a qualité pour agir en justice , tant en demandant qu'en défendant même contre certains coproprietaires , il peut nøtamment agir conjointement ou non , avec un ou plusieurs de ces derniers, en vue de la sauvegarde des droits afferents à l'immeuble .

Tout coproprietaire peut néanmoins exercer seul les actions concernant la propriété ou la juissance de son lot à la charge d'en informer le syndic"

وانظر فى نقد هذا النص CABANAC: art " La personnalité civile du syndicat des copropriétaires d'après la loi du 10 juill . 1965 " A.J.P. I. 1956 P. 1080 col. 1 et 2.

(٤٦) G. Lombois : " commentaire de la loi du 10 juill 1965. D. 1966 P. 93 N° 73

P. ESMEIN :"Le statut de la copropriété dans les immeubles bâtis" G.P.1965,2,P.38 surtout N°15 p.40et N°39et40 p.24et40.

J.CABANAC : " Le nouveau statut de la copropriété - commentaire de la loi du 10 juill 1965 " A.J.P.I. 1965 P. 652 et surtout P. 65 7 et s. col. 2 et 1.
Y. Chalaron : " Les actions en justice intentées par le syndicat de copropriétaires " D. 1967 P. 113, N° 19 P. 117

(٤٧) Cass . civ. 3° ch . 21 nov. 2969 B. N° 755 P. 573 , J.c. P 70, 11, 16 189 N. Guillot D. 1970, P. 321 N. Giverdon , A.J.P.I 1970, P. 544,29 mai 1970 J.c.p. 1970, 11,16479 N,

سبة بالأجزاء المشتركة أو الشائعة من العقار . ومع ذلك فيلزم في غير حالة الاستعجال - أن يكون مصرحاً له بذلك من الجمعية العمومية للملاك ،وذلك ،طبقا لنص المادة ٥٥ من المرسوم التطبيقى رقم ٢٢٣ لسنة ٦٧ فى ١٧ من مارس ١٩٦٧ (٤٨).

ولكن هل يقتصر فقط أمر مباشرة دعوى الضمان العشرى فى هذه الحالة على الاتحاد ،ممثلا فى مأموره ؟ أم يمكن للملاك المشتركين مباشرتها انفراديا دونه ؟

يكاد يجمع الفقه الفرنسى والقضاء هناك ،على قصر أمر هذه الدعوى على الاتحاد ،وهو ما كان عليه العمل فى ظل القانون السابق الصادر فى ٢٨ من يونيو ١٩٣٨ سالف الذكر ،دون أن يكون لأى من الشركاء حق مباشرتها إلا منضما إلى دعوى الاتحاد التى يباشرها مأموره ممثلا له . وهو ما يتفق مع نص عجز الفقرة الأولى

=

Guillot , 8 mars 1972 B.N° 162 P. 116 , A.J.P.I 1972 P. 30 .

(٤٨) شالارون : السابق، هامش ٤٦ أعلاه كاستون المرجع السابق بند ٣٥٦ ، ٣٥٧ ص ١٦٩ وما بعدها . كاريلا : المرجع السابق : فصل I ص ٤٧ . وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٤ من مايو ١٩٧٤ ج ك ب ١٩٧٤ - ٢ - ١٧٧٩٥ تعليق جيلوت Guillot وفى ١٤ ديسمبر ١٩٧٦ بيلتان ١٩٧٦ - ٣ رقم ٤٦١ ص ٣٥١ . استئناف باريس فى ١٦ من يناير ١٩٦٨ المجلة الفعلية للملكية العقارية ١٩٦٨ ص ١٢٨ تعليق بوييير J.R.Bouyeure. وهذا حكم متعلق بالنظام العام انظر كاستون: الموضع السابق، وحكم نقض ١٤ من مايو ١٩٧٤ السابق الذى استوجب أن تتم الموافقة طبقا للشروط التى تطلبتها المادة ٥٥ من المرسوم المذكور.

من المادة ١٥ سالفة الذكر (٤٩).

كذلك فإن للملاك المشتركين ، الذين يلحق السبب الموجب للضمان بأجزائهم الخاصة من العقار ، أي المملوكة لهم ملكية مفرزة ، دون غيرها من الأجزاء العامة أو المشتركة ، أن يباشروا منفردين ، ودون مشاركة من الاتحاد ، دعوى الضمان الذي حل سببه (٥٠)

---

(٤٩) انظر في ذلك : مازو : المرجع السابق ٠ ١٧٠ -٤ص٦٦ كاستون المرجع السابق ٠بند ٣٥٥ص١٦٩٠ مودرن : العقال السابق : ص٤٠ عمود ٣ ٠
شكري سرور : المرجع السابق، بند ١٨٥ ص ٢٠٩ وما بعدها
وانظر أيضا مجلس الدولة الفرنسي في ١٧ من فبراير ١٩٧١ مجموعة ليبون ص ١٤١ ، ج ٠ ك ٠ ب ٠ ١٩٧١ - ٢ - ١٦٧٠٠ تعليق ليت - فو وفي ٢٧ من فبراير ١٩٧٤ ليبون ص ١٥٢ ٠
وانظر عكس ذلك : بوبلي : المرجع السابق ٠ بند ٣٣٣ ص ٢١٠ الذي يرى جواز مباشرتها في هذه الحالة انفراديا من أحد الشركاء أو بعضهم ، وهو أمر قد تدعو إليه ضرورة المحافظة على العقار وصيانته ٠وفي بيان تعارض هذا الرأي مع صريح نص المادة ١٥ فقرة ١ سالفة الذكر ٠ انظر كاستون ومودرن في ذات المواضع المذكورة بصدر هذا الهامش ٠

(٥٠) وهو ذات الحكم الذي كان ساريا في ظل القانون السابق ، والذي لم يكن ذات مرة محلا لنقاش ٠
مازو : الهامش السابق ، بوبلي : المرجع السابق بند ٣٣٣ ص ٢٠٩ ، لابان الرسالة السابقة ص ١٧٢ ، كاريلا : المرجع السابق٠ فصل I ص٧٤وانظر
Cass.civ. 3°ch. 20 janv. ,1969 B.1969,N-49] p.74
21 nov. 1973 B 1973 N309P.221,D.1974 P.25; 15mai 1974 B1974 N 190P. 142

على أن يقوم من ينشأ فى مباشرة هذه الدعوى ،باخطار مأمور الاتحاد بذلك ،طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ سالفة الذكر[٥١].

ولكن التساؤل يثور فى حالة ما إذا تعلق سبب الضمان بالعقار فى مجموعه ،أى الأجزاء العامة فيه والخاصة. فهل ينعقد الاختصاص بالدعوى للاتحاد فقط ،أم يجوز للشركاء الذين لحقهم الضرر فى أجزائهم الخاصة مباشرتها أيضا إلى جانبه ؟

هذا ما تفرق الفقه الفرنسى بشأن الفصل فيه شيعا[٥٢] ولكن

(٥١) أنظر النص باللغة الفرنسية .هامش ٤٥ ص ٦١٥ فيما سبق،وانظر أيضا المراجع المشار إليها بالهامش السابق بذات المواضع .وإن كنا نرى أن الإخطار هنا هو أمر تنظيمى لا يترتب على إهماله عدم قبول الدعوى

(٥٢) فهناك من يرى أن الدعوى تكون من شأن الاتحاد أيا ما كان موضع العيب مادام يصيب العقار فى مجموعه (شالارون : مقاله السابق . ص ١١٧) وهناك من يرى أن دعوى الاتحاد يجب أن تكون محددة بتعلق العيوب الموجبة للضمان بالأجزاء المشتركة أو العامة فى العقار فقط سيزير :

Le statut de la Copropriété des immeubles bâtis " J.C.P. 1969. 1, 2252 N° 309 ets.).

كما أن هناك من الفقه الفرنسى من فرق بين الحماية القانونية والحماية المادية للعقار ،جعل دعوى الاتحاد مقصورة على الحماية المادية للعقار دون الحماية القانونية التى اناطها بالملاك المشتركين للعقار (جيفورد وجيفيردون : الملكية المشتركة ط ٢ ١٩٧٤ بند ٥٣٤)

وانظر فى عرض كل هذا الفقه والتعليق عليه : بوبلى :المرجع السابق بند ٣٣٣ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ وكاستون : المرجع السابق بند ٣٥٥ ص ١٦٩.

الغالب فيه الذى يوءيده أيضا قضاء النقض هناك ، أن الدعوى في هذه الحالة تنعقد للاتحاد ، ممثلا فى مأموره ، على أنه يجوز لمن يرغب من الشركاء المشار إليهم بالتساؤل ، أن ينضموا إليه في مباشرتها ، أو مباشرة دعاواهم على استقلال (٥٣).

وهكذا يتضح لنا من خلال هذه الحالات التطبيقية كيف ، أن الفقه والقضاء الفرنسيين ، ظلا - رغم غياب النص التشريعي الذى يستندان إليه - مجمعين على التمسك بمبدأ انتقال دعوى الضمان العشرى إلى كل من تنتقل إليه ملكية العقار المشيد ، طالما كانت مدة الضمان لازالت سارية . حتى أتى التدخل التشريعي الأول عام ١٩٦٧ الذى نراه ما ودع هذا الإجماع وما قلاه ، بل عضده وقواه ، على نحو ما سنبسطه حالا .

وهكذا نصل إلى بيان أصداء هذا التدخل التشريعي ، الأول للمشرع الفرنسى فى نطاق أحكام هذه المسئولية الخاصة محل دراستنا على النطاق الشخصى المستفيد منها ، والذى كنا قد أرجأنا بيانه قبل قليل (٥٤) .

---

(٥٣) كاباناك : مقال " تطور الدعاوى الجماعية والفردية فى مجال الملكية المشتركة " مجلة الاقتصاد والقانون العقارى ١٩٧٧ بند ٥٩ ص ٥٨ ، مازو : المرجع السابق ، ١٠٧٠ - ٤ ص ٦٦ ، ليت - كو : ج . ك . ك . ملزمة ٢٠٣ بند ١٣٨ ، وأشار إلى محكمة برست الجزئية فى ٧٠/٤/١٥ منشور فى المجلة الفصلية للملكية العقارية ١٩٧٠ ص ٩٦٥ . تعليق ، بوبير . وأيضا فى تعليقه على حكم مجلس الدولة فى ١٧ من فبراير ١٩٧١ سابق الإشارة . كاستون : المرجع السابق . بند ٣٥٥ ص ١٦٩ . كاريلا المرجع السابق . فصل I ص ٤٧ وما بعدها ، مودرن : المقال السابق ص ٤٠ عمود ٣.

وانظر cass. Civ. 3^{O}ch . 30 janv 1969 B. 1969 N * 94P. 74
2' nov : 69J. C . P . 1969, II, 16189N. cuillat, 18 mai 1971 B 1971 3, N° 309 P.221 , A.J.P.I,72P. 153N.R. B.

(٥٤) انظر ، فيما سبق ، ص ٥٩٢ .

نبذة ثانية : أصداء التدخل التشريعي الأول على النطاق المستفيد :

بعد ان انتهينا من بيان ما كان عليه العمل فى مدى حق الخلف الخاص لرب العمل فى مباشرة دعوى الضمان ،حين ظهور موجبه ،والعقار تحت يده ، أى فى ملكه ،وذلك على كل من الساحتين المصرية (٥٥) والفرنسية (٥٦) ،ننتقل الآن إلى بيان ما سبق أن أرجأنا بيانه ،من أثر التدخل التشريعى الأول للمشرع الفرنسى، على النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية .

بينا فيما سبق - عند دراستنا للنطاق الشخصى المدين بأحكام هذه المسئولية الخاصة - الدوافع التى حدت بالمشرع الفرنسى إلى التدخل فى عام ١٩٦٧ معدلا بعض النصوص المنظمة لأحكام هذه المسئولية ،ومضيفا إليها جديدا غيرها تمشيا مع ما استجد من تطورات لحقت بميدان التشييد والبناء ،فى مجتمعنا المعاصر، فنحيل إليها منعا من التكرار (٥٧) .

أما فيما يتعلق بأصداء هذا التدخل التشريعى ،على النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية ،فتبدو فى نظرنا على وجهين أحدهما سلبى والآخر إيجابى نتناولهما فى بندين مستقلين :

بند أول : الوجه السلبى

أما الوجه السلبى منهما ،فيبدو فى عدم نكران المشرع لذلك

---

(٥٥) انظر، فيما سبق، من ص ٥٩٢ إلى ص ٥٩٥ .

(٥٦) راجع، فيما سبق، ص ٥٩٥ إلى ص ٦٠٤ .

(٥٧) راجع - فيما سبق، من ص ٤٥١ إلى ص ٤٥٤ .

الذى جرى عليه العمل ، وأجمع عليه كل من الفقه والقضاء ،مما سبق أن فعلناه ،مما يعد بمثابة تقرير من المشرع له ،وبرهانا وإن لم يكن صريحا - على الرضاء به .

بند ثان : الوجه الإيجابى

وأما الوجه الإيجابى ،فيتمثل فى استحداث المشرع الفرنسى لنص المادة ١٦٤٦ - ١،وإضافتها إلى المجموعة المدنية بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ من يناير سنة ١٩٦٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٦٧ فى ٧ من يوليو سنة ١٩٦٧ ،والتى نظم بها - كما سبق أن رأينا (٥٨) - أحكام مسئولية حالة بيع العقار تحت التشييد ،تلك الحالة التى كانت قد ظهرت على الساحة العملية ،هروبا من أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء من تفسير للنصوص الأصلية المنظمة لأحكام هذه المسئولية .

هذا ولما كانت الفقرة الثالثة من هذه المادة المستحدثة تقضى بأن " هذين الضمانين (٥٩) ،يستفيد منهما الملاك المتعاقبون على العقار "(٦٠).

---

(٥٨) انظر فيما سبق من ص ٤٥٣ الى ص ٤٦٢ .

(٥٩) أى الضمان العشرى والثنائى ، المشار اليهما تباعا فى الفقرتين الاولى والثانية من المادة المذكورة .

(٦٠) Art. 1646- 1 ale 3. (loi 67 - 3 du 3 janv.1967 et loi 67-547 du 7 juill. 1967)
" Ces garanties bénéficient aux propriétatres successifs de l'immelble"

فإن أول ما يستدل عليه من صريح عبارتها أن المشرع الفرنسى نص صراحة على أن من له حق الاستفادة من هذين الضمانين هم الملاك المتعاقبون على العقار . وصياغته للنص على هذه الصورة يمكن - فى نظرنا - أن يستفاد منها أمور ثلاثة :

أولها : تعبيره عن المستفيدين " بالملاك le proprietairs - رغم أنه كان يستطيع أن يستعمل لفظ " المشترين les acheteurs وهو ما كان أليق بالمقام - يفيد أن المشرع الفرنسى لم يشأ أن يقصر الاستفادة من الضمانين على من آلت إليه الملكية بطريق الشراء فقط ، وإنما كل من غدا مالكا لهذا العقار المباع تحت التشييد ، بأى صورة من الصور المعتبرة فى كسب الملكية ، شراء كانت أم هبة ، توريثا أم إيصاء ، إلى غير ذلك من تلك الصور .

وبذلك ، فإن المشرع الفرنسى لم يقصر الاستفادة من الضمانين على نوع واحد من الخلف الخاص ، وإنما أراد أن يستفيد منهما كل خلف خاص ، آلت إليه ملكية هذا النوع من العقارات وهى العقارات المبيعة تحت التشييد (٦١) .

ثانيهما) أن استعماله للفظ " المتعاقبون Successifs يفيد أيضا أن المشرع الفرنسى ، لم ير قصر الاستفادة من الحماية القانونية التى قررها بهذا النص الجديد ، والمتمثلة فى هذين الضمانين ، على طبقة واحدة من الخلف الخاص ، تنتهى عندها ، وإنما زيادة منه فى ضمان بقاء هذه الحماية ، طيلة المدة القانونية التى حددها ، والتى قدر - لاعتبارات قامت لديه - كفايتها لاختبار متانة وصلابة هذا البناء وبقائه صالحا لأداء الهدف الذى أنشئ من أجله ، طبقا لما سبق بيانه فى موضعه من البحث (٦٢) .

---

(٦١) انظر كاريلا : المرجع السابق . فصل أ ص ٤٦ .

(٦٢) انظر فيما سبق من ص ٢٨٦ : ص ٢٩٣ .

نقول : تأكيدا منه لضمان بقاء هذه الحماية طوال تلك المدة ،قرر أن يستفيد من هذين الضمانين ،ليس فقط المالك الأول للعقار بعد بيعه ،وإنما الملاك المتعاقبون على العقار وإن نزلوا مادامت المدة المذكورة لمّا تنته بعد (٦٣) .

من هذين الأمرين اللذين أوضحناهما بتحليل الفقرة الثالثة من المادة ١٦٤٦ - ١ مدنى فرنسى سالفة الذكر ،يتضح أن المشرع الفرنسى - بتدخله التشريعى هذا - قد قنن فى هذه الفقرة وبالنسبة لهذه الصورة المستجدة من التعامل ،ما سبق أن بيناه من إجماع الفقه والقضاء الفرنسيين،على حق الخلف الخاص لرب العمل فى مباشرة دعوى الضمان العشرى والثنائى ضد المهندس المعمارى والمقاول ،وغيرهما من المعماريين،ممن ارتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ،إذا ما قام لديه موجب هذا الضمان أو ذاك،شريطة أن يكون العقار فى ملكيته ،ومدة الضمان لازالت جارية لم تنته بعد .

بل إننا نستطيع ان نقرر أيضا ،أن المشرع الفرنسى لم يكتف فى هذه الفقرة ،بأن قنن هذا الإجماع الفقهى والقضائى فأوجد بذلك السند القانونى له ،وإنما - كما سيتضح حالا من الأمر الثالث من هذا التحليل - أوجد أيضا ،الأساس القانونى ،أو بعبارة أخرى علة هذا السند (٦٤) .

الأمر الثالث والأخير : هو أن المشرع الفرنسى أفصح فى هذه الفقرة بأن العلة فى الاستفادة من الضمانين العشرى والثنائى هو اكتساب ملكية العقار المبيع . بما مفاده أن دعوى الضمان هى

---

(٦٣) كاريلا : الهامش ٦١ أعلاه .

(٦٤) انظر،محاولات الفقه والقضاء نحو إيجاد الأساس القانونى لما أجمعا عليه من حق الخلف الخاص فى مباشرة دعوى الضمان العشرى،من ص٥٩٨ الى ص٦٠١ ،فيما سبق .

من الحقوق التابعة للملكية ،تلحق بها أينما حلت ،وتحت أية يد استقرت . وهذا واضح من تعبير المشرع الفرنسى بأن هذه الضمانات تفيد الملاك المتعاقبين على العقار ،بما يستفاد منه بطريق اللزوم أن حيازة العقار بأى طريق من طرق الحيازة ، أو بأى عقد من العقود التى لا تفيد تمليكا ،لا يترتب عليها انتقال للحق فى مباشرة دعوى الضمان العشرى أو الثنائى - إذا قام مقتضاها - من المالك للعقار إلى الحائز له ،بل يبقى الحق فى مباشرة هذه الدعوى للمالك الحقيقى للعقار ولا ينتقل منه إلا بانتقال ملكية العقار من يده إلى يد أخرى ،بأحد التصرفات المعتبرة قانونا فى نقل الملكية .

وبذلك يكون المشرع الفرنسى ،قد تبنى - فى رأينا - الأساس القانونى الذى قالت به محكمة النقض الفرنسية ،والذى يخلص فى أن دعوى الضمان ،هى عبارة عن حماية قانونية ،قررها المشرع للعقار المشيد ،تتبعه أينما حلت ملكيته ،وتلحق به حيثما استقر مقامه مملوكا . ولا أدل على ذلك من قولها فى أحد أحكامها (٦٥)

"...........que le droit a l'action en garantie decennale constitue une protection légale attachée à la propriété et peut donc être évoquée par tous ceux qui succèdent , même à titre particulier , dans cette propriété au maître de l'ouvrage"

---

(٦٥) Cass. civ. 1er ch. 28 nov. 1967. précité.

(٦٦) انظر، أيضا، المراجع والأحكام المشار إليها بهامش ١٣ ، ١٤ ص ٥٩٦ فيما سبق .

وهكذا ،فكما أضاف المشرع الفرنسى - بتدخله التشريعى عام ١٩٦٧ واستحداثه للمادة ١٦٤٦ - ١ مدنى - إلى النطاق الشخصى المدين أو المسئول بأحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ،مسئولين آخرين من بينهم ذلك الذى يبيع عقارا تحت التشييد Qui vend d'immeuble à construire كما سبق أن أوضحنا (٦٧) ،نجده أيضا ،وبذات النص قد أضاف - بالمقابل - إلى النطاق الشخصى الدائن مستفيدا آخر ،هو كل من يتلقى ملكية هذا العقار ،وإن نزل ،شريطة أن يكون موجب الضمان قد حدث ،ومدة الضمان لمّا تنته بعد .

---

(٦٧) انظره فيما سبق،من ص ٤٥٥ : ص٤٦٠ بالنسبة لكل من ارتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل ،ومن ص ٤٦٠ : ص٤٦٢ بالنسبة لبائع العقار تحت التشييد .

المطلب الثانى

المستفيدون فى ظل أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨

بينا فى الطلب السابق ،كيف كانت أصداء التدخل التشريعى الأول ، الذى تم عام ١٩٦٧ ،فى مجال أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ،على النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية .

ولما كان التطور سنة من سنن الحياة ،والتدخل التشريعى مرتبط دائما بهذا التطور وجودا وعدما ،ضيقا واتساعا ،لذا - وطبقا لهذه البدهية - كان تدخل المشرع الفرنسى للمرة الثانية وذلك بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ ،الذى جرى العمل به اعتبارا من أول يناير ١٩٧٩ (٦٨) .

وإذا كان التدخل التشريعى الأول للمشرع الفرنسى ، فى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية قد جاء على استحياء (٦٩) ،كما سبق أن أوضحنا ،فإن الأمر تم عكس ذلك فى التدخل التشريعى الثانى ،حيث اتسم هذه المرة بالصراحة

---

(٦٨) Art. 14 (L.78-12 , 4 janv 1978) " la présente loi entrera en vigueur le 1er Jemv. 1979..." J.O.5 Janv. 1978 P.188.

(٦٩) حيث جاء إقرارا سكوتيا لما جرى عليه إجماع الفقه والقضاء على ساحة العمل القانونى . وحتى ما صرح ،به فقد أخذ حكم الاستثناء فى مجال عقد البيع فقط - وفى حالة بعينها - دون غيره من العقود . راجع فيما سبق ص٤٥٥ : ٤٦٢) .

والشمول ،وهو ما سنحاول - إن شاء الله - إبرازه فى هذا المطلب .

ومما تجدر الإشارة إليه فى هذا المقام ،أن التوسع فى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام تلك المسئولية ، الذى تم بمقتضى التدخل التشريعى الأول من المشرع الفرنسى عام ١٩٦٧ إنما حدث - كما قلنا - بصدد عقد آخر ،هو عقد البيع ،وليس بصدد عقد المقاولة - الذى هو يعتبر المجال الأصيل لهذه المسئولية - وبناء على نص خاص، قصد به .. نقل تلك المسئولية ،أو ذلك الضمان العشرى منه أو الثنائى - من عقد المقاولة ،إلى حالة معينة من حالات عقد البيع ،وهى حالة بيع عقار تحت التشييد ،لذلك لزم - طبقا للقواعد العامة فى التفسير - أن يقتصر تطبيق هذا النص وما جاء به من توسع فى النطاق الشخصى الدائن منه والمدين ،على الحالة التى جاء بشأنها هذا النص ،بمعنى أن ينحصر تطبيقه فى حالة بيع العقار ،قبل تمام تشييده فقط ،دون غيرها من حالات بيع العقار ،وذلك باعتبار أنه نص استثنائى ،استحدث لهدف معين، فوجب أن يقف تفسيره وإعماله عند هذا الهدف (٧٠).

ولما كانت قد قامت فى العمل حالات أخرى كهذه ،وإن اختلفت معها فى المظهر القانونى الذى ترتديه ،إلا أنها تتفق معها تماما فى الهدف الذى ترنوا إليه ،لذا فقد جاء التدخل التشريعى الثانى الذى تم عام ١٩٧٨ بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ . ليوحد نوعا من التوحيد بين الأحكام التى تضبط كلا منها .

هذا ولما كانت هذه الحالات محلا لدراستنا لأثر هذا التدخل التشريعى الثانى على النطاق الشخصى المدين أو المسئول بأحكام هذه المسئولية الخاصة فإننا نحيل عليها منعا من التكرار (٧٠)مكرر

---

(٧٠) كاريلا : المرجع السابق . فصل I ص ٣٩

(٧٠) مكرر- راجع ،فيما سبق ،من ص٤٦٣ : ص٥٥٤ .

أما فيما يتعلق بالنطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية ،فإنالمشرع الفرنسى سلك فى ذلك مسلك التعميم بعد التخصيص ،والتصريح بعد التلميح .

أما تصريحه بعد تلميحه ،فبيانه ،أنه بعد أن أقرسكوتيا - كما سبق أن قلنا -(٧٠)مكرر ١ ما أجمع عليه كل من الفقه والقضاء الفرنسيين ،من حق متلق الملكية من رب العمل ،فى مباشرة دعوى الضمان ،ضد كل من المعماريين المشاركين فى عملية البناء الخاضعين لأحكام هذه المسئولية ،وقنن هذاالإجماع صراحة وإن كان فى نطاق عقدالبيع ،إلا أنه فى هذه المرة ،نص صراحة على هذاالحق فى نطاق أحكام عقد المقاولة نفسه ،فى المادة ١٧٩٢ مدنى ،أى فى النطاق الطبيعى لمجال تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة .

وأما عن تعميمه بعد تخصيصه ،فمفاده ،أنه بعد أن كان من آلت إليه ملكية العقار لايستطيع أن يرجع بدعوى الضمان العشرى أو الثنائى إلا طبقا لنص المادة ١٦٤٦ - ١ مدنى فرنسى (٧١)بمعنى

(٧٠) مكرر١ - راجع ص٦٢٠ فيما سبق .

(٧١) مالم يكن خلفا عاما ،أو خاصا لرب العمل ،وذلك بناء على الإجماع الفقهى والقضائى ،الذى بيناه فى هذا الخصوص والذى قلنا إنه قد أقر ضمنا من المشرع الفرنسى ،وذلك بعدم التعرض له بالإنكار - فى التدخل التشريعى الأول - لاتلميحاولاتصريحا

بل ومما يؤكد هذاالقول استحداثه للمادة ١٦٤٦ - ١ مدنى وعلى وجه الخصوص الفقرة الثالثة منها . راجع من ص٤٥٣ إلى ص ٤٦٣ فيما سبق .

أن يكون هذا العقار الذى آلت إليه ملكيته ،قد بيع وهو تحت التشييد ،ويكون الرجوع على بائع هذا العقار بصفته هذه ،جاء المشرع الفرنسى فى تدخله الثانى ،ونقل هذا الحكم ، أى حكم حق الرجوع بدعوى الضمان العشري أو الثنائى • على حسب الأحوال - من ذلك النص الخاص بحالة بيع العقار تحت التشييد ،وهو نص المادة ١٦٤٦ - ١ مدنى سالف الذكر ،إلى النص العام الذى تقررت بمقتضاه هذه المسئولية منذ مدونة نابليون فى عام ١٨٠٤ وحتى الآن ،وهو نص المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ،وأجراه على الوجه التالى :

" كل مشيد عمل (٧٢) (عقار) يكون مسئولا بقوة القانون فى مواجهة رب العمل أو من تئول إليه ملكية هذا العمل (العقار) عن الأضرار ......

" Tout Constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit envèrs le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage des dommages ..."

ونستطيع أن نقرر أن مسلك المشرع الفرنسى فى التوسع فى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد من أحكام هذه المسئولية

---

(٧٢) ولقد بين المشرع الفرنسى - كما سبق أن بينا فى دراستنا للأشخاص المدينين بأحكام هذه المسئولية - من يعتبر مشيد عمل ،وذلك فى المادة التالية وهى ١/١٧٩٢ ومن ألحقه بمشيد العمل وأعطاه حكمه ؛ بنص المادة ١٧٩٢ /٤ بالإضافة إلى حالة الممول العقارى ،ومعمارى المنازل الخاصة أو الفيلات • (راجع فى ذلك من ص ٤٦٣ إلى ٥٥٤) فيما سبق •

الخاصة ،إنما يستفاد هنا من عموميتين ،هما ،عمومية النص وعمومية اللفظ .

فأما عن عمومية النص ،فتستفاد من إدراج المشرع الفرنسي لهذا الحكم ،ضمن النص الخاص بالأحكام العامة لهذه المسئولية والذى تقررت ،أصلا بموجبه ،وهو نص المادة ١٧٩٢ مدنى . بحيث إن من يقرأ هذا النص ،ليكاد يلم بخيوطها العامة من أركان ،ونطاق ونظام قانونى ،ووسائل إعفاء منها .

وعلى ذلك ،فإن ذكر لفظ " acquéreur " ضمن المادة ١٧٩٢ مدنى ،وهو النص الذى تضمن الأحكام العامة لهذه المسئولية – كما قلنا – لينبئ بذاته عن رغبة المشرع الفرنسى فى جعل حكم مسئولية المعماريين أمام من تئول إليه ملكية العقار المشيد ،حكما عاما يسرى على جميع الحالات ،دون تفرقة بين ما إذا كان هذا العقار قد بيع وهو تحت التشييد ،أو كان العقد الذى تم بناؤه تنفيذا له ،هو عقد مقاولة ،أو عقد وكالة ،أو عقد تمويل عقارى " Contrat de promotion immobilière" أو عقد تشييد منازل خاصة أو ڤيلات ......الخ .

وأما عن عمومية اللفظ فتستفاد من إطلاق لفظ acquereur (وهو من تئول إليه ملكية العقار) دون تقييده بقيد معين ،والأصل أن المطلق يؤخذ على إطلاقه حتى يقيد ،وحيث لاقيد ،إذن فالإطلاق واجب .

وعلى ذلك ،فمقتضى هذا التعميم نصا ولفظا – كما قلنا – أن كل من آلت إليه ملكية العقار الذى تم تشييده ،يستطيع أن يباشر دعوى الضمان العشرى أو الثنائى على حسب الأحوال ،إذا توافر مقتضاها ،وكانت مدة الضمان لم تنته بعد .

فلم يعد الأمر قاصرا على رب العمل وخلفه العام باعتباره امتدادالشخصية سلفه [٧٣] أوعلى الخلف الخاص ،لربالعمل.أى ذلك الذى تربطه علاقة تعاقدية ،أو غير تعاقديه ،مع رب العمل نفسه أو من تلقى عنه ملكية العقار [٧٤] وإنما أسند الاختصاص بمباشرة دعوى الضمان العشرى أو الثنائى ،وبنص القانون ،إلى كل من تلقىملكية عقار حديث التشييد أى لمّا يتجاوز بعد مدة العشر سنوات من تاريخ تسلمه إلى تاريخ حدوث التهدم ،أو ظهور العيب المعتبر به . ودون اعتبار ممن تلقاه ،ولا كيف آلت إليه ملكيته . فقد يكون تلقاه من رب العمل نفسه ،أو من خلفه العام أو الخاص ،أوتلقاه مباشرةممن قام بالتشييد بنفسه ،مهندسا معماريا كان أم مقاولا ،يمتهن مهنة التشييد والبناء لحسابه الخاص ثم يبيع ما شيد ،سواء كان البيع قبل تمام الإنجاز أم بعده ،أو تلقاه من ممول عقارى ،أو حتى من معمارى الفيلات أوالمنازل الخاصة .

وقد تكونملكيتةقد آلتإليه بطريقالبيع أو الميراث أوالوصية أو الهبة . إلى غير ذلك من الأسباب المعتبرة قانونا فى نقل الملكية ،وسواء شيد العقار بناء على عقد مقاولة ،أو عقد وكالة أو عقد تمويل عقارى أو عقد تشييد منازل خاصة أو فيلات ،إلى آخر ذلك من الوسائل القانونية التى شاع استعمالها كثيرا فى عصرنا الحاضر بقصد التهرب من أحكام هذه المسئولية .

ونعود إلى التذكرةبما سبق أن قلناه [٧٥] من أن المشرع الفرنسى لم يكتف هنا أيضا بتقنين الإجماع الفقهى والقضائى الذى جرى عليه العمل حتى تاريخ سريان هذاالقانون [٧٦] من حق

---

(٧٣) انظر،فيماسبق،ص٥٨٥ : ٥٨٩ .

(٧٤) انظر،فيما سبق،من ص ٥٩٢ إلى ص٦٠٢ .

(٧٥) انظر،فيما سبق،ص٦٢٨ وما بعدها .

(٧٦) فيما عدا حالة بيع عقار تحت التشييد التى بين=

متلقى ملكية العقار المشيد فى مباشرة دعوى الضمان بنوعيه إذا قام مقتضاها ،وكانت مدة الضمان مازالت جارية ،فأوجد بذلك السند التشريعى المفتقد لهذا الإجماع ،بل وزيادة على ذلك فقد أفصح عن الأساس القانونى أو العلة التى من أجلها أعطى هذا الحق لمن آلت إليه ملكية العقار الذى تم تشييده ٠

هذا الأساس القانونى ،أو علة الاختصاص بإقامة هذه الدعوى جعله المشرع الفرنسى هذه المرة أيضا فى انتقال ملكية العقار من شخص إلى آخر بأى طريقة من طرق انتقالها المعتبرة قانونا، وبعبارة أخرى،فإنه قد جعل الحق فى إقامة هذه الدعوى من توابع الملكية ،يرتبط بها وجودا وعدما ،يلحقها أينما سارت ،ويتبعها ظعنا وترحالا ٠ وكما سبق أن أوضحنا ،فإن المشرع الفرنسى قد تبنى فى هذا الإصلاح لقواعد مسئولية المعماريين أيضا، ذات الأساس القانونى الذى تبنته محكمة النقض الفرنسية فى قضائها المستقر تماما (٧٧) ٠ كما فعل فى التعديل التشريعى الأول ٠

= المشرع من يستفيد بالضمان فيها ،بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ١٦٤٦ - ١ المضافة إلى المجموعة المدنية بالقانون رقم ٣ لسنة ٦٧ ،كما سبق البيان (انظر فيما سبق من ص ٤٦٠ : ٤٦٢)٠

(٧٧) انظر فيما سبق، القضاء المشار إليه فى ص ٥٩٩ هامش ١٤٨٣ بهـا ٠

المطلب الثالث

تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسي ،ومدى حاجتنا لنهج مثله

أوضحنا فى المطلبين السابقين ،كيف كانت أصداء التدخل التشريعى الأول والثانى فى فرنسا على النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية الخاصة ،بحيث لم يقف عند المستفيد التقليدى من هذه الأحكام وهو رب العمل وخلفه العام وكذلك الخاص طبقا لإجماع الفقه والقضاء الفرنسيين على النحو الذى حكيناه آنفا [١] ،وإنما تعدى ذلك المدى اتساعا ،ليشمل كل من آلت إليه ملكية عقار حديث التشييد ،لم يمض على تاريخ تسلمه ممن قام بتشييده عشر سنوات على الأقل ،أيا كان المتلقى عنه [٢] ،وطريق هذا التلقى [٣] وكذلك أيا كان مسمى العقد الذى تم تشييد العقار تنفيذا له [٤].

---

(١) راجع من ص ٥٩٢ : ٦٣٢ فيما سبق .

(٢) رب عمل بالمعنى المعروف ،أو خلفه العام أو الخاص او هو من قام بتشييد العقار نفسه بقصد بيعه أو هو ممول عقارى أو أخيرا معمارى مساكن خاصة أو فيلات .

(٣) توارث أو وصية أوهبة أو بيع (العقار تحت التشييد أو بعد تمام إنجازه)

(٤) عقد مقاولة أو عقد وكالة ،أو عقد تمويل عقارى ، أو أخيرا عقد تشييد مساكن خاصة أو فيلات .

ونحاول فى هذا المطلب ، التعليق أولا على مسلك المشرع الفرنسى ،فى اتجاهه هذا نحو التوسع فى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية ،لتقدير مدى هذا الاتجاه ،ثم نبين ثانيا مدى حاجتنا إلى اقتفاء نفس الأثر فى هذا الخصوص .

نبذه أولى : تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسى

فى مجال تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسى ،فى تدخليه التشريعيين اللذين أشرنا إليهما ،والذى هدف من ورائه إلى التوسع فى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام المسئولية الخاصة للمعماريين ،تماما كما فعل بالنسبة للنطاق الشخصى المدين بها (٥) ،نستطيع القول بأن تدخله فى المرتين لم يكن فعالا ومجددا فعلا إلا فى حالتين فقط ،إحداهما تمت بالتدخل التشريعى ، الأول بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ ،وهى حالة من تئول إليه ملكية عقار بيع إليه وهو تحت التشييد بعد، تلك الحالة التى ضبط المشرع الفرنسى أحكامها ،وأخضعها لهذه المسئولية الخاصة بمقتضى المادة ١٦٤٦ - ١ مدنى ،كما سبق البيان أكثر من مرة (٦) .

أما الحالة الأخيرة ،فهى ماتمت بالتدخل التشريعى الأخير بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ،وهى حالة من تئول إليه ملكية عقار بيع إليه بعد تمام إنجازه والتى نصت عليها المادة ١٧٩٢ - ١ فقرة (٢) منها (٧) .

ففى كل من هاتين الحالتين ،لايستطيع متلقى ملكية العقار المبيع إليه - بدون تدخل المشرع - أن يرجع على البائع له - سواء كان بائعا تحت التشييد أو بعد تمام الإنجاز - بدعوى الضمان العشرى او الثنائى ،عند حدوث التهدم الكلى أو الجزئى او ظهور

---

(٥) انظر، فيما سبق، من ص٤٥٠ الى ص٤٥٥ .
(٦) انظر، فيما سبق، من ص٤٦٠ الى ٤٦٢ .
(٧) راجع، فيما سبق، من ص٤٨٢ الى ص٤٨٩ .

العيب المعتبر بالعقار المبيع . بمعنى أنه لا تنتقل دعوى الضمان العشرى أو الثنائى إلى المشترى ،لأنها لم تقرر أصلا لسلفه ،وهو البائع . ولا ينتقل إلى المشترى سوى دعوى ضمان العيوب الخفية ،طبقا للقواعد العامة فى عقد البيع ،عليه أن يباشرها - إن اراد - خاضعا لجميع شروطها.

بيان ذلك ،أنه يشترط - كما سبق أن أوضحنا (٨) - لقيام دعوى الضمان العشرى أو الثنائى ،وجود عقد مقاولة يربط بين الدائن والمدين بالضمان ،وهنا،ما يربط بين المدعى والمدعى عليه ليس بعقد مقاولة ،وإنما هو عقد بيع .

وإزاء تخلف هذا الشرط ،فلا يستطيع متلقى ملكية العقار باحدى هاتين الطريقتين ،أن يباشر دعوى الضمان ضد سلفه ،الأمر الذى تهدر معه الحماية القانونية التى أراد المشرع إسباغها على كل مالك - أو من تئول إليه ملكية - عقار حديث التشييد ،صونا للمصلحة الخاصة والعامة فى المجتمع .

وإزاء انتشار هاتين الصورتين من التعامل على التوالى، هروبا من أحكام هذه المسئولية الخاصة ،لذلك كان حتما على المشرع الفرنسى أن يتدخل لإهدار هذا الشرط - بالنسبة لهاتين الصورتين من التعامل على التوالى ،هروبا من أحكام هذه المسئولية الخاصة لذلك كان حتما على المشرع الفرنسى أن يتدخل لإهدار هذا الشرط - بالنسبة لهاتين الصورتين - وهو شرط ضرورة وجود عقد مقاولة لإعمال أحكام هذه المسئولية ،والذى اتخذه المتفلتون منها ذريعة تفلتهم ،وسبيل هروبهم من أحكامها .وذلك بالنص صراحة على إخضاع هاتين الصورتين من التعامل ،لأحكام تلك المسئولية الخاصة ، دون التفات إلى ما إذا كان العقد الذى يربط بين الدائن والمدين بدعوى الضمان هو عقد بيع أم عقد مقاولة .

---

(٨) انظر، فيما سبق، من ص ٧٥ : ص ١٣٥ .

وبذلك يكون المشرع الفرنسى بتدخليه التشريعيين ،قد أضاف فعلا وحقيقة إلى المستفيدين التقليديين بدعوى الضمان العشرى أو الثنائى مستفيدين آخرين هما ،من يشترى عقارا تحت التشييد طبقا لنص المادة ١٦٤٦ /١ مدنى المستحدثة بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ ،وكذلك من يشتريه تام الإنجاز طبقا لنص المادة ١٧٩٢ - ١ فقرة (٢) منها مدنى المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ . وبذا يمكننا القول بحق : إن المشرع الفرنسى قد فعل بذلك مالم يكن باستطاعة أحد غيره أن يفعله .

أما من يتلقى ملكية العقار المشيد بغير إحدى هاتين الحالتين ،فنستطيع - بقليل من التحليل السليم للأمور - أن نقرر أنه إنما يتلقاها إما من رب العمل نفسه ،أو من خلفه العام أو الخاص وبالتالى فإن حقه فى مباشرة دعوى الضمان العشرى أو الثنائى لم يكن بحاجة إلى تدخل تشريعى ينشئه له أو ينقله إليه . وإنما هو ينتقل إليه بمجرد انتقال ملكية العقار باعتبار أن هذه الدعوى تابع من توابع هذه الملكية وملحق من ملحقاتها ،لايطيب لها مقام بدونها ولا يهنأ لها بال مع البعد عنها ،وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء الفرنسيان هناك (٩).

ولنتتبع الآن كل حالة من الحالات التى أضافها المشرع الفرنسى إلى النطاق الشخصى المدين أو المسئول بأحكام هذه المسئولية الخاصة ،لنرى عما إذا كانت قد أضافت جديدا فعلا إلى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد ،وذلك - بطبيعة الحال - فيما عدا حالتى البيع اللتين سبق بيانهما حالا.

١) حالة الوكيل

تقضى الفقرة الثالثة من المادة ١٧٩٢ - ١ بأنه " يعتبر معماريا مشيدا لعمل : ٣ - كل شخص - على الرغم من أنه يتصرف

---

(٩) راجع فيما سبق،من ص٥٩٥ ،- ص ٦٠٤ .

باعتباره وكيلا للمالك - يقوم بإتمام مهمة مماثلة لما يقوم به مؤجر العمل " (١٠).

ولقد أوضحنا فى المطلب الثالث من الفرع السابق (١١) عند تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسى فيما يتعلق بالنطاق الشخصى المدين أو المسئول بأحكام هذه المسئولية أن العقد فى هذه الحالة ،هو فى الحقيقة عقد مقاولة وإن اكتسى ثوب الوكالة وذلك فيما يتعلق بالأعمال المادية التى يباشرها الوكيل والتى هى ليست من طبيعة الأعمال التى تشكل موضوع عقد الوكالة بل هى، فى الحقيقة والواقع، من طبيعة أعمال عقد المقاولة .

وعلى ذلك ،فإن هذا الوكيل ،وإن كان يتصرف على أنه وكيل عن المالك إلا أنه بالنسبة للأعمال المادية التى يؤديها والمتمثلة فى عملية التشييد والبناء ،والتى هى من نوع المهام التى يقوم بها ،عادة، المقاول أو مؤجر العمل، فإنه تسرى عليه أحكام عقد المقاولة ،بمعنى أنه يخضع لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ويكون - بناء علح ذلك - مدينا بدعوى الضمان فى مواجهة المالك الموكل ،التى تنتقل منه إلى خلفه العام أو الخاص ،تبعا لانتقال ملكية العقار إلى أى منهما .

محصلة ذلك كله ،أنه لم يترتب - فى تقديرنا - على ما قرره المشرع الفرنسى بالمادة ١٧٩٢ - ١ فقرة (٣) من إخضاع الوكيل لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ،اتساع، فعلى وحقيقى، فى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية ،حيث إنها لم تضف إلى المستفيد التقليدى ،وهو رب العمل أو خلفه العام أو الخاص مستفيدا جديدا ،وإن أبرم الوكيل عقد انتقال الملكية بنفسه ،تماما كما لم يترتب عليه ،كما قلنا (١٢) اتساع فى النطاق الشخصى المدين أو المسئول بأحكامها.

---

(١٠) انظر النص باللغة الفرنسية ص ٤٩٠ فيما سبق هـ ٨٣ بها
(١١) انظر، فيما سبق، من ص ٥٦٠ : ص ٥٦٦.
(١٢) انظر الهامش السابق .

٢) حالة عقد التمويل العقارى

سبق أن بينا، فى تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسى ،بالنسبة للتوسع فى النطاق الشخص المدين ،أن عقد التمويل العقارى ،هو فى حقيقته عقد وكالة مأجورة مختلطة بمقاولة ،وبالتالى فإن الممول العقارى يكون مسئولا بالضمان العشرى والثنائى قبل رب العمل ،فيما يتعلق بالأعمال المادية التى يباشرها ،والتى لا تدخل بطبيعتها فى نطاق شق الوكالة من هذا العقد ،بل هى من طبيعة عقد المقاولة تسرى عليها أحكامه ،وتحكمها ضوابطه .

وعلى ذلك ،فإن متلقى ملكية هذا العقار ،الذى شيده الممول العقارى تنفيذا لعقد التمويل العقارى المبرم مع رب العمل ،يعتبر فى واقع الأمر وحقيقته ،خلفا عاما أو خاصا ،على حسب الأحوال لهذا الأخير ،يتلقى عنه أيضا الحق فى مباشرة دعوى الضمان العشرى أو الثنائى ،ضد الممول العقارى ،عند قيام موجبها ،وذلك تبعا لتلقى ملكية العقار ،وهذا هو ذات ما جرى عليه إجماع الفقه والقضاء الفرنسيين ،كما سبق أن أسلفنا (١٣).

خلاصة ذلك ،أنه لم يترتب على الإخضاع الصريح للممول العقارى لأحكام ضمان المعماريين اتساع حقيقى فى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذا الضمان . بل هو مجرد اتساع ظاهرى ،حيث كان العمل قد جرى على ذلك منذ أمد بعيد .

---

(١٣) راجع، فيما سبق، من ص٥٩٦ : ص٦٠١ ،وانظر عكس ذلك ياقوت المرجع السابق بند ٢٩ ص ٧٩ ،حيث يرى أن رب العمل نفسه ليس له أن يباشر دعوى الضمان العشرى أو الثنائى ضد الممول العقارى ،لأن العقد الذى تم تشييد العقار تنفيذا له ليس بعقد مقاولة ،وإنما هو عقد تمويل عقارى .

٣) حالة معمارى المنازل الخاصة أو الفيلات (١٤)

أوضحنا، فيما سبق، أن معمارى المساكن الخاصة، أو الفيلات يمكن أن يباشر نشاطه، إما لحسابه الخاص، فيكون بائعا للعقار تحت التشييد، أو بعد تمام إنجازه وإما لحساب رب العمل وفى كلتا الحالتين فإن متلقى ملكية هذا العقار، يتلقى معها الحق فى مباشرة دعوى الضمان العشرى، أو الشنائى ضد هذا المعمارى سواء تلقى الملكية منه شخصيا، إذا كان هذا الاخير بائعا، أو تلقاها من رب العمل نفسه، إذا كان المعمارى قد بنى لحساب هذا الأخير. وفى كلتا الحالتين هو خلف خاص، سواء للمعمارى نفسه - حالة الشراء منه مباشرة - أو لرب العمل حالة التلقى من هذا الأخير.

وعلى ذلك، فإن تدخل المشرع الفرنسى، بالنص صراحة على إخضاع معمارى المساكن الخاصة أو الفيلات هذا لأحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين، كما لم يضف جديدا إلى النطاق الشخصى المدين، كما سبق أن أوضحنا (١٥) فهو أيضا لم يوسع توسيعا حقيقيا من النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية، حتى وإن كان الظاهر على خلاف ذلك.

نبذة ثانية) مدى حاجتنا لتعديل أحكام مسئولية المهندس المعمارى ومقاول البناء، تعديلا يوسع من قاعدة المستفيدين بأحكام هذه المسئولية الخاصة، على ضوء مسلك المشرع الفرنسى فى هذا الخصوص.

بينا فى الفقرة السابقة (١٦). كيف أن المشرع الفرنسى

---

(١٤) انظر بالنسبة لهذا الموضوع من ص٥٥٠ : ص٥٥٤ فيما سبق.

(١٥) راجع، فيما سبق، من ص٥٦٣ : ص٥٦٦.

(١٦) راجع من ص٦٣٤ : ص٦٣٩ فيما سبق.

كان قد تبنى مبدأ معينا ،مؤداه أن كل من تئول إليه ملكية عقار حديث التشييد ،أى لم يمض على تسلمه ممن قام بتشييده مدة عشر سنوات ،يكون له الحق فى مباشرة دعوى الضمان العشرى أو الثنائى عند توافر مقتضاها ،ضد كل من ساهم من المعماريين فى إقامة هذا البناء ،ولا يهم بعد ذلك ،ممن تلقى هذه الملكية ،ولا كيف تلقاها ولا نوع العقد الذى تم تشييد العقار تنفيذا له .

وإذا كنا فى مجال تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسى هذا قد أوضحنا أن التوسيع الحقيقى فى هذا النطاق ،هو ماجاء صدى لنص المادة ١٦٤٦ - ١ الخاصة بإخضاع بائع العقار تحت التشييد لأحكام هذه المسئولية [١٧] والمادة ١٧٩٢ - ١ فقرة ثانية منها التى أخضعت لأحكامها أيضا ،بائع العقار بعد تمام إنجازه [١٨] وأن ما كان من النص صراحة على إخضاع الوكيل ،والممول العقارى ،ومعمارى المساكن الخاصة أو الفيلات ،لأحكام هذه المسئولية ،لم يترتب عليه توسيع حقيقى وفعلى فى هذا النطاق ،وإنما هو مجرد توسيع ظاهرى إذ لم يكن فى الحقيقة إلا تقريرا من جانب المشرع لما هو كائن [١٩]

إذا كنا قد قلنا ذلك ،فإننا قد أبنا ايضا ،أن تدخل المشرع الفرنسى فى هذه الحالات الثلاث الأخيرة ،لم يكن ليعدم الفائدة القانونية والعملية ،إذ ترتب عليه إعفاء القضاء من عناء التكييف بالنسبة لهذه العقود ،وقطع دابر كل جدل يتصور أن يقوم بالنسبة لهذا التكييف . وأصبحت تخضع لأحكام هذه المسئولية ،طبقا لما قرره المشرع ،مهما كان وصفها من الأطراف ،وأيا ماكان ما أطلق عليها من مسميات [٢٠] .

---

(١٧) انظر ص ٦٢٠ : ٦٢٥ ،فيما سبق .
(١٨) راجع ص ٦٢٨ : ٦٣٢ ،فيما سبق .
(١٩) انظر ،فيما سبق ،من ص ٦٣٦ : ص ٦٣٩ .
(٢٠) راجع ص ٥٦٥ : ٥٦٦ فيما سبق .

أما عن الوضع عندنا في مصر ،وبعد مرورقرابة أربعين سنة على وضع قانوننا المدني الجديد ،تغيرت فيها الأوضاع وتبدلت في مجال التشييد والبناء ،لاسيما تحت ضغط الأزمة الطاحنة للإسكان وتغيرت فيها أيضا أساليب البناء وتنوعت ،ليس فيما يتعلق بالأساليب الفنية فحسب ،وإنما أيضا فيما يتعلق بالأساليب القانونية ، التي يتم بمقتضاها تشييد الأبنية ،وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى فبعد أن كان ارتياد مجال التشييد والبناء ،يكون عن طريق عقد المقاولة فقط ،انتشرت إلى جانبه عقود أخرى ،كعقد الوكالة أوعقد التمويل العقاري ،وبعد أن كان تلقي ملكية العقار المشيد ،أو المنشأ الثابت المقام ،يكون عادة عن طريق الاستخلاف العام أو الخاص لرب العمل ،انتشرت الآن حالة تلقي ملكية هذا العقار ممن يقومون بالتشييد والبناء أنفسهم ،كالمهندسين المعماريين ،والمقاولين والممولين العقاريين ،بحيث لا تسري في مواجهتهم في هذه الحالة ،أحكام هذه المسئولية الخاصة ،لعدم توافر شرط وجود عقد المقاولة ،الذي لم يزل ،على الساحة القانونية المصرية أساسا من أسس تطبيق أحكامها .

ولما كان التوضيح بالمثال دائما أبلغ بيانا ،وأفصح دلالة من مجرد الكلام المرسل ،فإننا - بغية التوضيح - نسوق المثال الآتي :

المثال : أقام مهندس معماري ومقاول مبنيين متجاورين ومتحدين في المواصفات أحدهما لرب عمل ،بناء على عقد مقاولة والآخر لحسابهما الخاص . تسلم رب العمل مبناه ثم بعد أربع سنوات مثلا (٢١) باع هذا المبنى لآخر ،وفي نفس الوقت باع المهندس المعماري والمقاول مبناهما لشخص آخر .

---

(٢١) أو أقل من ذلك أو اكثر بشرط عدم تجاوز عشر سنوات من تاريخ التسلم .

فإذا فرض وأن حدث فى كل من المبنيين تهدم كلى أو جزئى أو ظهر بهما عيب يهدد متانتهما وسلامتهما [٢٢]، كان باستطاعة المشترى من رب العمل، أن يرجع بدعوى الضمان العشرى على كل من المهندس المعمارى والمقاول، باعتباره خلفا خاصا لرب العمل قد تلقى عنه الحق فى مباشرة هذه الدعوى ضدهما، تبعا لتلقى ملكية البناء منه • حين لايستطيع المشترى من المهندس المعمارى والمقاول أن يرجع عليهما، إلا بمقتضى قواعد عقد البيع، وعلى الأخص ضمان العيوب الخفية فى المبيع، أى أنه بينما سرت على العلاقة الأولى أحكام ضمان عقد المقاولة، وهو الضمان العشرى، تحكم العلاقة الثانية أحكام ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع، وشتان مابين الضمانين، رغم اتحاد العلاقتين فى الطبيعة القانونية لهما، أى أن الشنتين علاقتا بيع [٢٣].

إن النتيجة التى أفضى اليها هذا المثال [٢٤] - كما رأينا - لتوضح - فى أبلغ بيان - مدى حاجتنا إلى خطوة جرئية من المشرع المصرى، يوحد بها فى المعاملة بين هذه الصيغ من التعامل، التى وإن اختلفت شكلا، إلا أنها لاشك تتحد فى الغرض الذى ترنو إلى تحقيقه كل منها •

وإذا كان لنا أن نعبر عن وجهة نظر متواضعة، فيما يجب أن تكون عليه هذه الخطوة المرجوة من المشرع المصرى، فإننا نرى أن يكون محورها الذى تقوم عليه، وهدفها الذى تسعى إلى تحقيقه هو أن كل من يتلقى ملكية عقار، بناء كان أو أى منشأ ثابت آخر

---

(٢٢) وكان ذلك قبل أن تمضى مدة عشر سنوات على تاريخ تسلم رب العمل لبنائه •

(٢٣) راجع ما سبق أن قيل فيما يتعلق ببيان الفرق بين كل من عقد المقاولة وعقد البيع من ص ١٠٦: ص ١٢٨ •

(٢٤) هذا إذا وضعنا فى الاعتبار انتشار الطريقة الثانية فى مجال التشييد والبناء فى عصرنا الحاضر وذلك بتأثير أزمة الإسكان والنظم القانونية المتعلقة بإيجار الاماكن •

حديث التشييد ، أى لم يمض على تاريخ تسلمه الفعلى أو الحكمى عشر سنوات ، يكون من حقه أن يباشر دعوى الضمان العشرى ، ضد من قـام بتشييد هذا العقار ، دون نظر لما إذا كان الملكية قد انتقلت إليه من رب العمل الذى أقيم البناء ، أو شيد المنشأ الثابت لحسابه فعلا أو كانت قد انتقلت من المهندس المعمارى أو المقاول أو الممول العقارى ، ممن يكون قد اتخذ مهنة البناء والتشييد ، سبيلا للاستثمار ، أو وسيلة لكسب معاشه . ودونما اعتبار أيضا ، لما إذا كان العقار قد أقيم تنفيذا لعقد مقاولة ، أو عقد وكالة أو عقد تمويل عقارى ... إلى غير ذلك من الوسائل القانونية التى يمكن أن تبتكر فى مجال العمل لتحقيق ذات الغرض .

وبذلك نكون قد وفرنا الحماية القانونية اللازمة ، بتقرير الحق فى مباشرة دعوى هذه المسئولية الاستثنائية لكل من تنتقل إليه ملكية العقار المشيد ، أو المنشأ الثابت المقام فينقطع بذلك السبيل ، وتسد الزرائع أمام محاولات التفلت والهروب من أحكام هذه المسئولية الخاصة ، التى ما تقررت إلا رعاية للصالحين العام والخاص .

وإن النص على إخضاع كل من بائع العقار تحت التشييد وبائعه بعد تمام إنجازه ، ليضيف فى حد ذاته توسعا كبيرا وحقيقيا إلى النطاق الشخصى الدائن أو المستفيد بأحكام هذه المسئولية والتى كانت لأسباب وظروف عصر تقريرها خاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء .

***

الفصل الثاني

((النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة))

تمهيد وتقسيم :

بينا في الفصل السابق كيف كان للتغيرات الكبيرة التي حدثت في مجال التشييد والبناء أثرها البالغ في حمل المشرع الفرنسي على التدخل مرة تلو أخرى ، لتعديل أحكام هذه المسئولية ، تعديلا يواكب به بينها وبين تلك التغيرات .

وإذا كنا قد أوضحنا في الفصل المذكور ما أسفر عنه هذا التدخل من توسع كبير في النطاق الشخص - سواء الدائن فيه أو المدين - لمجال تطبيق أحكام هذه المسئولية . فإننا نحاول في هذا الفصل أيضا دراسة النطاق الموضوعي لأحكام هذه المسئولية ، مبينين كذلك ما أحدثه هذا التدخل التشريعي من جانب المشرع الفرنسي - سواء الأول منه أو الثاني - في أحكامها من أثر على هذا النطاق .

وعلى ذلك ، فإننا نتناول هذا الفصل في مبحثين مستقلين ، نخصص الأول منهما للنطاق الموضوعي التقليدي لأحكام هذه المسئولية ، بينما نجعل الثاني ، لبيان أثر التدخل التشريعي - سواء الأول منه أو الثاني - من جانب المشرع الفرنسي على هذا النطاق .

المبحث الأول : النطاق الموضوعي التقليدي لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة .

المبحث الثاني : أثر التدخل التشريعي للمشرع الفرنسي على هذا النطاق .

"،"،"،"،"،"

((المبحث الأول))

((النطاق الموضوعى التقليدى لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة))

تمهيد وتقسيم :

نحاول فى هذا المبحث رسم دائرة هذا النطاق ، من خلال عرضنا للنصوص التشريعية الأصلية المنظمة لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، سواء فى القانون المدنى الفرنسى أو القانون المدنى المصرى .

ففى القانون المدنى الفرنسى ، تقضى المادة ١٧٩٢ فى صياغتها الأصلية سنه ١٨٠٤ بأنه "إذا تلف البناء المشيد بأجر قدر جزافاً [١]، تلفا كليا أو جزئيا ، بسبب عيب فى البناء ، أو حتى بسبب عيب فى الأرض ذاتها ، فإن المهندس المعمارى والمقاول يكونان مسئولين عن ذلك التلف ، خلال مدة عشر سنوات ، على النحو المبين فى المادة ٢٢٧٠" [٢]

---

(١) أى الذى قدر بطريقة إجمالية ، وهى إحدى طرق تقدير الأجر فى عقود المقاولات . انظر فيما يأتى ص ٨٦٤ وهامش ٢ ، ٣ بها . ومابعدها .

(٢) Art.1792 code civil :"Si l'édifice construit à prixfait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol. les architectes et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans-civ. 2270".

وانظر فى تفصيلنا لاستعمال كلمة "تلف" ترجمة للفعل périr بدلا من كلمة "تهدم" التى تواتر استعمالها فى الفقه المصرى . هامش ٢ ص ٤٥٢ فيما سبق . ويؤيدنا فى ذلك بالإضافة إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى الصادر سنه ١٨٠٤ . FENET ج ١٤ ص ٢٦٢ وما بعدها ص ٣٤١ ما جرى عليه كل من الفقه والقضاء الفرنسيين من عدم التقيد بضرورة حدوث التهدم الكلى أو الجزئى للبناء للقول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، وإنما يكفى مجرد التهديد بهذا . انظر من الفقه الفرنسى ر . نيحر . رسالته السابقة ص ٤٩ وكذا ص ١١٤ ، ١١٥ سلانيول وريبير وزواستد ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٣ ، ل . كاستيلوب : "المسئولية العشرية للمقاولين فى القانون العام الفرنسى " ط ١٩٦٦ ص ٤٦ -

كذلك تقضى المادة ٢٢٧٠ من ذات القانون ، فى صياغتها الاصلية سنه ١٨٠٤ أيضا ، بأنه " بعد عشر سنوات ، ينقضى ضمان المهندس المعمارى ، والمقاولين للأعمال الكبيرة التى كانوا قد أقاموها ، أو أداروا عمليه اقامتها ، على النحو المبين فى المادة ١٧٩٢" (٣).

=

"La ruine de l'ouvrage n'est pas nécessaire, il suffit que le danger de ruine soit imminent voire même latent"

أ.فلام و ج.لوباف : " عقد المقاولة " ط ١٩٦٦ ، بند ٦١٦ ص ٣٤٦

"La condition de ruine ou de péril grave pour L'édifice ou L'une de ses parties maitresses est remplie dès qu'il y a menace d'écroulement ou d'atteinte à la solidité de L'ouvrage".

وبرنارد سوان : المرجع السابق ج ٢ بند ١٢ ص ٤٨٥ وما بعدها حيث يقرر أن اشتراط التهدم الكلى أو الجزئى كان محل نقاش غداة التصديق على المدونة المدنية الفرنسية فى عام ١٨٠٤ .

وفى نفس المعنى هـ. مارو : مقال بعنوان:

"La responsabielité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux" Mélanges SAVATIER P. 645 surtout. N° 14 P. 652 et S.

وفوسيرو : المقال السابق . ص ٢٠ عمود ١.

وانظر من القضاء الفرنسى : C.E. 7 juin 1950 Rec. leb. P. 349, 30 janv. 1957 A.J.D.A. 1957, 11, 258, cass. Civ. 1er ch. 18 oct. 1965 Bul. civ. 1965, 1, 546 p. 414; cass, Civ, 3e ch. 9 janv. 1969 Bul civ. 1969, 3, N. 29 p. 26. Bruxelles: 13 mars 1929 jur. com; Brux. 1929 P. 137, 13 juil 1939 Res jura imm. 1940 P. 291.

(3) Art, 2270 C.C.: "Après dix ans, L'architecte et des entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés -- civ. 1792".

أما فى القانون المدنى المصرى ، فقد كانت المادة ٤٠٩/ ٥٠٠ من القانون المدنى الملغى ، تنص على أن " المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء ، فى مده عشر سنين ، ولو كان ناشئا عن عيب الأرض .." (٤).

والآن تقضى المادة ٦٥١ من القانون المدنى الحالى ، فى فقرتها الأولى ، بأن " يضمن المهندس المعمارى والمقاول متضامنين ، ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى . فيما شيدوه من مبان ، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ... ".

كما تقضى فى الفقرة الثانية منها بأن " يشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ، ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب ، يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ".

يتضح من عرض هذه النصوص ، أن هناك أعمالا تشكل محلا ترد عليه أحكام هذه المسئولية الخاصة ، كما أن هناك أضرارا تشكل فى مجموعها أو فى بعض منها - إذا تحققت خلال مدة معينة - سبب إعمال هذه الأحكام ، لذلك ينبغى بيان هذه وتلك .

وعلى ذلك ، فإن دراسة هذا النطاق الموضوعى التقليدى تقتضينا التعرض له فى فرعين ، نخصص الأول منهما للأعمال التى تشكل محل المسئولية الخاصة ، فى حين نجعل الثانى للأضرار التى تشكل سبب تطبيق أحكامها .

الفرع الأول : الأعمال التى تشكل محل سريان أحكام المسئولية الخاصة .

الفرع الثانى : الأضرار التى يشكل تحققها سبب تطبيق أحكام المسئولية الخاصة .

---

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جه ص ١٩ومابعدها .

(الفـــرع الأول)

الأعمـــــال التـــى تشـــكل محـــــــل سريـان أحكـام المسئولـية الخاصـــــة

هذه الأعمال كما تبدو من النصوص السابقة ، قد تكـــــون تشـــييد مبانى ، أو إقامة منشـــآت ثابتـــة أخرى ، ولـذلـــــك يلـــزم دراســـتها فى مطلبين مســـتقلين .

المطلب الأول : تشـــييد المبانـــى .

المطلب الثانى: إقامة المنشآت الثابتة الأخـــرى .

المطلـــب الأول

تشـــييد المبانى(١)

نتناول دراسة هذا المطلب فى نبذ ثلاث :

نبذة أولـــى : فى القانون الفرنســـــى :

بند أول: المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فى صياغتهما الأصليـــة ومحاولات الفقه الفرنسى التوفيق بينهما :

---

(١) "Les édifices وأورد روبير فى قاموسه فى اللغة الفرنسية جـ١ ط ١٩٨١ ص ٦٠٥ عمود (٢) أن كلمة "Edifice تعنـــى "Bâtiment important" مما يستفاد منه بطريـــــق اللزوم أن كلمة "Bâtiment" أوسع مضمونا من كلمـــة "Edifice" وأن هذه أخص من تلك . وإن كنا قد رأينـــا أن بعض الفقه الفرنسى يستعملهما على أنهما مترادفـــان . انظر من ذلك على سبيل المثال : مينڤييل : رســـالته السابقة ، بند ٢٢٨ ص ١٨٨ ؛ مادلين جيڤيرس : مقـــــال "La responsabilité de lentrepreneur du chef des malfaçons ne mettant pas en jeu la garantie décennale" Bulletin des Assurances belge 1958 P. 141.
كذلك فقد أتى البعض بكلمة "maison" أى المنزل علـــى أنها مرادف أيضا لكلمة "édifice" انظر من ذلك علـــى =

رأينا أن المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى تقضى بمسئولية المهندس المعمارى والمقاول عن "تلف البناء المشيد (٢) "Édifice construit...

وإذا كانت المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى فى صياغتها الأصلية سنة ١٨٠٤ ، قد نصت على أنه "بعد مضى عشر سنوات يتحرر المهندس المعمارى والمقاول من ضمان الأعمال الكبيرة "gros ouvrages" التى كانا قد أقاماها ، أو - فى الأقل - توليا بالإشراف والإدارة عملية إقامتها ، فإننا نرى (٣) ، أن التنسيق بين النصين يقتضى أن تكون هذه المادة مكملة للمادة السابقة (٤).

وعلى ذلك فإن عبارة الأعمال الكبيرة "gros ouvrages" التى جاءت بها هذه المادة تعنى فى بعض مقصودها الأعمال الكبيرة فى البناء édifice نفسه ، الذى اقتصرت المادة ١٩٧٢ على

= سبيل المثال : كانتيلوب : المرجع السابق ، ص ٣٩ ومابعدها وانظر أيضا : ش.ل. بوليو : مقال "La responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur, pour les vices de construction et les vices du sol mélanges Bissonnette p. 97.
وإن كنا نرى أن الكلمة الأولى اخص من الثانية فى الدلالة.

(٢) انظر فيما سبق، ص ١٣٢ هامش ٢ بها .

(٣) قرب فيما سبق، من ص ٢٩٣ : ص ٢٩٨ .

(٤) وهو ماكان عليه غالب الفقه الفرنسى التقليدى . انظر من ذلك على سبيل المثال :
Duvergier:"le droit civil francais suivant l'ordre du Code: Du contrat de louage" Paris 1937 t.II. N. 356 "Il rapproche les articles, simpliment pour fixer l'étendue de la responsabilité", Marcadé: "Explication théorique et ... du Code Napolion 6° éd. Paris, 1869 t VI P. 547. "Il admet que l'art. 2270 est le completment de l'art. 1792 pour l'étendue de la responsabilité, Baudry-lacantinérie et Mahl: louage t.II n.3941 ... l'art. 2270 complète l'art. 1792 pour l'étendue de la=

ذكــره (٥). وهذا فى تقديرنا ما تنبىء عنه إشارة كل من المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ إلى الأخرى ، فى عجز كل منهما ، بما يشير إلى ضرورة أن تفسر كل منهما فى ضوء الأخرى ، وليس

= responsabilité". Demante et Colmet de Santerre "Cours analytique de Code civil" 1849 - 1850 ج٠ VIII N° 245 bis "... qu il faut complèter L'article 1792 par l'art. 2270" Laurent: "Principes de droit civil français. t.XXVI N. 29à31 et 50 bis "l'art. 2270 complète l'art 1792".

وبعبارة مطابقة : لوبلوند : فى رسالته من ليل سنة ١٨٩٣، عن مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين ص ١٢٥، ١٥٧.

(٥) انظر فى ذلك هاسونيك : المرشد القانونى والعملى لمقاولى الأعمال الخاصة ". باريس ١٨٩٩ بند ٢٦٠ : ٢٧٤ ، بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٠ ص ١٩٢ حيث جاء به: "Le (terme de gros ouvrages)designe le gros oeuvre d'une construction par opposition aux installations complementaires" دافيد كرنستانت : مقال " المسئولية العشرية للمهندسين المعماريين والمقاولين فى القضاء الفرنسى والبلجيكى" "Mélanges Voirin N° 9 p. 168 "la deuxième expression (gros ouvrages) est plus large en ce qu'elle vise la structure même de lédifice ou ses parties maitresses".

ش. ل. بوليو : مقال السابق ص ٩٧.
"Tous les édifices sont de gros ouvrages, mais il ya de gros ouvrages qui ne sont pas des édifices
الأساتذة مازو (هـ. ل. ج) المطول فى المسئولية المدنية. ج ٢ سابق الإشارة بند ١٠٧٠ - ١٢ ص ٩٥.
"Dans la construction de l'édifice, seules les parties maitresses qui constituent la structure même de l'édifice sont considérées comme de gros ouvrages".
وانظر فى نفس المعنى : ر. باران : مقال بعنوان "طبيعة ونطاق مسئولية المعمارى" المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٢ ص ٣٧٧ ، مازو وجيجلار : دروس ج ٣ بند ١٣٦٨ - ٣ص ٨٠٢ بوبلى : المرجع السابق،بند ٣٨٣ ص ٢٤٥ ، نقض عرائض فرنسى فى ٢٦ من مارس ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٠٠.نقض =

بمعزل عنها (٦) . وإلا لكانت تلك الإشارة لغوا من المشرع، الأمر الذى يجب أن ينزه عنه .

بند ثان : ضابط تحديد الأعمال الكبيرة :

ولكن ما هو الضابط الذى تحدد بمقتضاه الأعمال الكبيرة فى البناء (٧) ؟

= مدنى (٣) فى ٢٨ من نوفمبر ١٩٦٩ بيلتان ١٩٧٩ - ٣ رقم ٧٧٦ ص ٥٨٨ .

(٦) انظر فى ذلك: Courcelle et Le Maître "législation du bâtiment" Paris 1908 P.317 "Tl ne faut pas séparer les articles 1792 et 2270, mais au contraire les rapprocher et les interprêter l'un par l'outre", Frémy-lignville et Perriquet :"Traité de la législation des bâtiments et constructions" 2°edi. Paris 1891, N. 159 - 161, "iles disent que l'art. 2270 ne fait qu'entendre de l'art 1792 ou se réfère a l'art 1792 (N. 160).

David de Penanrum: "les architectes et leurs rapports avec les propriétaires, les entrepreneurs et les tiers" Paris 1892, n. 428. "Il faut, pour complèter l'art. 1792, lui adjoindre l'art. 2270 . Enfin les deux articles (1792 et 2270) se complètent ".

(٧) ويذكر برنارد سوان : فى رسالته ، سالفة الذكر . بند ٢ ص ٤٥١ . بأن هذه التفرقة بين الأعمال الكبيرة والصغيرة هى تفرقة قديمة ، ففى القانون الفرنسى القديم كانت المسئولية العشرية محددة فقط بالعيوب التى تتعلق بالأعمال الكبيرة فى البناء . وأن محررى المدونة المدنية فى سنه ١٨٠٤ احتفظوا بهذا التمييز .
انظر المراجع المشار إليها فى هامش ١ من ذات الصفحة .

لما لم تأت المادة ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى بأى معيار تتحدد بمقتضاه الأعمال الكبيرة "les gros ouvrages" فقد ناطت محكمة النقض الفرنسية بالقضاء الموضوعى أمر الفصل فيما إذا كانت الأعمال المعروضة عليه من الأعمال الكبيرة " gros ouvrages" أم لا ، وذلك بمقتضى ماله من سلطة تقديرية مطلقة فى هذا الشأن ، دون رقابة عليه منها (٨)، باعتبار أن هذه مسألة واقع تخضع للاختصاص الأصيل لهذا القضاء ، بل وجعلته ملزما بذلك ، وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور فى التسبيب مما يستوجب نقضه (٩).

١ - دور القضاء الموضوعى فى وضع هذا الضابط :

ولقد كان القضاء الموضوعى سباقا فعلا فى هذا المضمار، فلقد حاولت محكمة استئناف إميان Amiens تحديد دلالة هذه العبارة "gros ouvrages" فقررت فى حكم لها :

"la loi entend par là les gros ouvrages qui constituent la structure même de l'edifice ou ses parties maitresses; C'est à ces ouvrages Seulement qui fixes, solides et durables par eux même doivent assurer la durée et solidité de la construction, qui la loi applique la responsabilité de dix ams des architectes". (10)

---

(٨) Cass. Req. 12 nov. 1924, D.H. 1924 P.681; cass Civ. 5 mai 1965, J.C.P. 1965, 11, 14269 ; Cass. civ. 3°ch. 28 nov. 1969, Bul. Civ. 1969 111, n. 776 P. 588; 3 fèv. 1976 Bul. Civ. 1976 111, n. 40 p. 31, G.P. 21 juil 1976 et n. M. Peisse.

(٩) انظر بالإضافة إلى القضاء المشار إليه فى الهامش السابق Cass. civ. 3°,5,1,1976 Bul.1976,3,N°383 P.291 19, 1,1977 Bul, 1977, III, N°29 P. 24, 23 fèv. 1977, 111, N°92 P. 72, 20 nov. 1977, Bull.1977 111, N°402 P. 300.

(١٠) (10) C.A.Ameins:29 mai 1871 S.1871,11,5;D.P.1871 11. 171

أما محكمة السين المدنية الجزئية فقد رفضت المعيـــــار التجزيئى ، الذى يقوم على أهمية العناصر المعتبرة فى البنـاء، والذى اقترحته محكمة استئناف إميان، واجتهدت فى حكم لاحــــق لها فى أن تضع معيارا آخر يقوم على أهمية العمل فى مجموعـــه "Toute construction d'une certaine importance qui Forme un tout complète" (١١)
وإن كانت لم تضع المعيار الذى تتحدد بمقتضاه هذه الأهميــة (١٢).

٢ - أمثلة لمايعتبر من الأعمال الكبيرة طبقا لهذا الضابط :

ثم تواتر الفقه والقضاء بعد ذلك فى استنباط أمثلـــة للأعمال الكبيرة فى البنـاء من واقع التطبيقات العملية التـى تعرض على هذا الأخير (١٣)، بحيث نستطيع أن نقرر - اهتـــداء بهما - أن الأعمال الكبيرة " les gros ouvrages فى البناء، والتى تخضع لأحكام المسئولية الخاصة ، يقصد بها تلك الأعمـال التى يتكون منها هيكل البناء فى مجموعه ، أو الأجزاء الرئيسية فيه (١٤)، مثل الأساسات التـى يقـوم عليـها البناء علـى

---

(١١) السين المدنية الجزئية فى ١٢ من ديسمبر ١٩١٠ دالـــوز الدورى ١٩١١ - ٥ ص ٢٠ .

(١٢) ريموند نيجر : رسالته سالفة الإشارة ص ٦٧ وما بعدها .

(١٣) انظر فى عرض هذا الفقه والقضاء :

مينفييل : رسالته السابقة . بند ٢٢٩ ص ١٨٨ وما بعدهـا وهامش ٦٤٠ ، ٦٤١ ص ١٨٩ . وريموند نيجر : رســالتـه : الهامش السابق ، وكذا هامش ٥٣ ص ٦٨ ، برنـاردسوان رسالته السابقة . ص ٤٥٤ وما بعدها والمراجع والأحكام المشار إليها فى الهوامش من ٦ - ١٠ بها .

(١٤) انظر، فيما سبق، المراجع والمقالات المشار إليها فى هامـش ٥ ص ٦٥١ .

مختلف أنواعها (١٥) ، والجدران الخارجية والداخلية للبناء ، وكذلك الأعمدة الداعمة له ، والأرضيات والأسقف ، والواجهات أو البوابات والشرفات والسلالم والأسوار ، وبلاط الأرضيات (١٦) ، وكذلك تمليط (١٧) الجدران بالجبس أو المصيص أو بالبلاط المتكون من خلط الرمل والجير والاسمنت ، فإنه مما يترتب عليه تماسك البناء وصلابته وعدم رشحه . وكذلك أعمال السباكة الرئيسية فى البناء سواء ما يتعلق منها بالتوريد أو الصرف ، وكذلك المصاعد الكهربائية ، وأجهزة التكييف المركزية بقنواتها المختلفة والمداخن المثبتة بالجدران على مدى ارتفاع البناء . وبالاختصار ، كل ما يتوقف عليه وجود البناء فى ذاته أو يكون سبيلا إلى متانته وسلامته ، أو أدائه للهدف الذى يشيد من أجله (١٨).

---

(١٥) من دق الخوازيق ، وعمل "اللبش" أو الأساسات المعتادة .

(١٦) البلاط : بالفتح هو الحجارة المفروشة فى الدار وغيرها ، (مختار الصحاح ، سابق ، ص ٦٣ عمود ١) .

(١٧) وهو الصحيح ، وليس ما شاع ، فالبلاط ، للارضيات والملاط ، للجدران ، ومنه ملط الحائط أى طلاه وكساه بالطين أو الاسمنت (القاموس المحيط . سابق ، ج ٢ ص ٤٠١ باب الطاء فصل الميم .

(١٨) انظر بالإضافة إلى المراجع والأحكام المشار إليها بالهوامش السابقة المتعلقة بهذا الموضوع ، من الفقه الفرنسى : هامونيك : (المرجع السابق) البنود من ٢٦٨ - ٢٧٤ ص ٧٨ وما بعدها ، سيلارد : "مسئولية المقاولين عن الأعمال الصغيرة "De menus ouvrages" بعد التسليم" تعليق على حكم نقض مدنى فرنسى صادر فى ٤ من يناير ١٩٥٨ ، الوقائع القانونية للقانون الإدارى ١٩٥٨ - ١ ، ص ١٧ ، بازان : مقاله السابق . ص ٣٧٧ ، كانتيلوب : المرجع السابق : ص ٣٩ وما بعدها ، بوبلى : المرجع السابق ، بند ٣٨٣ ص ٢٤٥ فى آخر الفقرة .

ومن القضاء الفرنسى : انظر بمناسبة تبليط الأرضيات : نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ١٩ من أكتوبر ١٩٦١ بلتان ١٩٦١ - ١ رقم ٤٣٧ ص ٣٤٥ . وبمناسبة تمليط الجدران : نقض عرائض فى ٢٧ من فبراير ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ ص ١٣٨ ، نقض فى ٥ من مايو ١٩٦٥ الأسبوع القانونى ١٩٦٥-٢-١٤٢٦٩ ، نقض فى ١٨ من أكتوبر ١٩٦٥ بيلتان ١٩٦٥-١ رقم ٥٤٦ ص ٤١٤ . وبمناسبة اجهزة التكييف المركزية : نقض فى ٥ من يناير ١٩٦٠ بيلتان ١٩٦٠ - ١ =

نبذة ثانية : فى القانون المصرى :

أما عندنا فى مصر فقد أحسن مشرعنا صنعا إذ عالج المسألة فى نص واحد وبعبارة واحدة صريحة وواضحة ، لاتدع مجالا للبس أو غموض (١٩) . فنص فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى على أن " المهندس المعمارى والمقاول ضامنين لـ.... .

= رقم ٥ ص ٥ ، إكس فى ٤ من يونية ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٤-٢ ص ١١٦ ؛ باريس فى ١٢ من نوفمبر ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٨ ص ١٤١، وفى ١٨ من نوفمبر ١٩٦٧ جازيت دى باليه ١٩٦٨ - ٢ ص ٥،وبالنسبة للمصاعد الكهربائية نقض مدنى " تجارى " (الدائرة الثالثة) فى ١٣ من مايو ١٩٥٨ بيلتان ١٩٥٨ - ٣ رقم ١٨٨ ص ١٥٤ ، (الدائرة الأولى) فى ٢٧ من يناير ١٩٥٩ بيلتان ١٩٥٩ -١ - رقم ٥٤ ص ٤٤ . وبالنسبة للمداخن نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ٢٩ من نوفمبر ١٩٦٠ جازيت دى باليه ١٩٦١ - ١- ٢٦٨ ، الوقائع القانونية للملكية العقارية ١٩٦١ ص ٩٥ ؛ باريس فى ١٢ من نوفمبر ١٩٥٧ سابق الإشارة .

(١٩) ولاشك فى أن مشرعنا وهو يضع القانون المدنى الجديد، بعد تطبيق لمدونه نابليون دام قرابة قرن ونصف من الزمان ، قد استفاد من شروح الفقهاء وانتقاداتهم وتطبيقات القضاء التى تمت طوال تلك الحقبة الطويلة خصوصا فيما يتعلق بمشكلة التوفيق بين نص المادة ١٧٩٢ فيما تضمنته من لفظ edifice ونص المادة ٢٢٧٠ فيما أتت به من عبارة الأعمال الكبيرة " gros ouvrages" فعدل عما جاءت به المادة ٨٩٦ من المشروع التمهيدى من تفرقة بين الأعمال الكبيرة والصغيرة - مقتفية بذلك أثر المشرع الفرنسى - وذلك فيما يتعلق بتحديد النطاق الموضوعى للضمان، وكذلك المادة ٩٠٠ من ذات المشروع ، فيما يتعلق بمعيار سقوط الحق فى رفع دعوى الضمان . وقد كانت المادة ٨٩٦ تجرى على النحو الآتى :"١- يشمل الضمان المنصوص عنه فى المادة السابقة (٨٩٥ من المشروع) ما يوجد فى المبانى والمنشآت الكبيرة التى فى حكمها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته . ٢ - أما ما هو دون ذلك من عيوب ، كعدم الملاءمة فى ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما يجب أن تكون عليه من جمال فنى ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية". وكذلك كانت المادة ٩٠٠ تنص على ما يأتى :"١ - على رب العمل فى المقاولات الصغيرة أن يستعمل ما تقرر له من حقوق بسبب العيب فى تنفيذ العمل ، فى الميعاد الذى يحدده العرف المعمول به فى هذا النوع من الصناعة ، إن كان =

فيما شـيدوه من مبـان ....."[٢٠].

وهكذا يتضح من صراحة هذه النصوص أن تشييد المباني يشكل محلا ترد عليه أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، متى تحققت به دواعي واسباب انطباقها، وهو ما لم يكن يوما ما محلا لجدال ، لا في الفقة المصري [٢١]ولا في الفقه الفرنسي [٢٢] .

= هناك عرف متبع ، فإن لم يوجد وجب رفع الدعوى بهذه الحقوق في خلال ستة اشهر من وقت تسلم العمل .

٢ - أما في المقاولات الكبيرة ، فإن دعاوى المسئولية الخاصة التي تستند إلى المواد من ٨٩٤ - ٨٩٦ ... يجب رفعها في خلال سنتين من وقت الكشف عن هذه العيوب ".

(٢٠) انظر نص الفقرتين ١ ، ٢ من المادة ٦٥١ مدني .

(٢١) محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، بند ٥٩٦ ص ٤٩٨وما بعدها توفيق حسني فرج : مذكراته ص ٤٩ ، مصطفى أبو علم: المقال السابق ص ٢٧ ، شنب : المرجع السابق ، بند ١٠٧ ص ١٢٥ ، السنهوري : الوسيط جـ ٧ بند ٦١ ، العطار : المرجع السابق بند ٥٢ ص ١٢٣ ، محمد ابراهيم دسوقي : مذكراته ص ٢٧ ، ياقوت : المرجع السابق ، بند ٣٢ ص ٨٢ ، شكري سرور: المرجع السابق ، بند ١٨٨ ص ٢١٢ وما بعدها ، محمد حسين منصور . في "المسئولية المعمارية " الطبعة الأولى ١٩٨٤ ص ٧٢ وما بعدها .

(٢٢) H.Capitant:"Vocabulaire juridique"Paris 1936 P. 220; Aubry et Rau par Esmein: traité : 374 P. 408; Planiol et Ripert par Rouast : traité t. XI N°950 P. 192

H.Mazeaud:"la responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux" Mélanges Savatier N. 13 P. 651; H.L. Beaulieu op. cit. P. 96 - 99.

نبذة ثالثة : تعريف البناء المقصود بالمادتين ١٧٩٢ مدني فرنسي ، ٦٥١ مدني مصري :

ولكن ماهو البناء الذى يشكل تشييده جزءا هاما من محل سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة ؟

- تعريف الفقه الفرنسي :

عرفه الفقيه كابيتان بأنه :

"Tout Bâtiment ou travail d'art quelconque construit par assemblage de matériaux incorporés au sol" (٢٣)،

كذلك عرفه العلامة بلانيول ومعاونيه بأنه :

"Tout assemblage de matèriaux consolidés à demeure soit à la surface du sol, soit à l'intérieur" (٢٤)

- تعريف الفقه المصري :

أما فى الفقه المصري ، فقد عرفه الأستاذ الدكتور السنهوري ، فى وسيطه ، بأنه : " مجموعة من المواد ، أيا كان نوعها - خشبا أو جيرا أو جبسا أو حديدا ، أو كل هذا معا ، أو شيئا غير هذا - شيدتها يد إنسان ، لتتصل بالأرض اتصال قرار (٢٥)" .

---

(٢٣) هنري كابيتان : الهامش السابق

(٢٤) بلانيول وريبير وبيكارد : " المطول فى القانون المدني الفرنسي ، ج ٣ ط ١٩٥٢ بند ٧٣ ص ٧٦ .

(٢٥) السنهوري : الوسيط : ج ١ ط ١٩٦٤ بند ٧١٤ ص ١٢١٣ .

وقريب منه ما عرفه به الأستاذ الدكتور العطار بأنه " كل شيء من صنع الإنسان ، ثابت في حيزه ، متصل بالأرض اتصال قرار "(٢٦) .

- التعريف المختار :

وعلى ذلك يمكننا تعريف البناء بأنه " كل عمل أقامته يد الانسان ، ثابت فى حيزه من الأرض ، متصلا بها اتصال قرار، عن طريق الربط ، ربطا غير قابل للفك دون تعيب ، بين مجموعة من المواد ، أيا كان نوعها ، جرت العادة على استعمالها فى مثل هذا العمل ، طبقا لمقتضيات الزمان والمكان .

بند أول : تحديد ما يدخل فى نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة من الأبنية طبقا لهذا التعريف

هذا عن تعريف البناء ، ولكن يبقى التساؤل قائما ، هل كل بناء بهذا الوصف تنطبق عليه أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ، أم أن هناك أنواعا من الأبنية تخرج عن نطاق هذا التطبيق ؟

يسلم الفقه فى مجموعه ، سواء المصرى منه أو الفرنسى بأن الغرض الذى شيد البناء من أجله ، ليس بمؤثر على مدى خضوع هذا البناء - متى استوفى عناصر التعريف السابق - لأحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول .

---

(٢٦) العطار : المرجع السابق ٤ بند ٣ ص ٨ وما بعدها وبند٢٥ ص ١٢٣ .
وانظر فى تعريف البناء فى مفهوم القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ وتعديلاته (جريدة رسمية عدد ٣٧ تابع فى ١٩٧٦/٩/٩) ، فى شأن توجيه وتنظيم اعمال البناء : الاستاذ حامد عبد الحليم الشريف : " شرح أحكام المبانى فى التشريع المصرى " ط ١٩٨٣ ص ٥٣ وما بعدها .

وعلى ذلك تخضع المبانى - بالوصف السابق - لأحكام هذه المسئولية أيا كان الغرض من إنشائها . بأن كانت منشأة بقصد الاستعمال للسكنى كالمنازل والفيلات والعمارات و" كبابين " الاستحمام التى تقام على شواطى البحار ، أو بجوار حمامات السباحة أو معدة لإيواء الحيوانات أو الطيور أو السيارات ، كالحظائر والأبراج والجراجات ذات الطابق الواحد ، أو متعددة الطوابق ، أو للحفاظ على بعض النباتات أو الزهور ، أومنشأة كدور للتعليم ، كالمدارس والجامعات والمعامل ، أو بقصد العلاج ، كالمستشفيات والمستوصفات والمصحات ، أو بهدف الترويح والتسلية ، مثل " الكازينوهات " والملاهىوالمسارح ودور السينما ، أو كدور للعبادة ، كالمساجد والكنائس والمعابد أو كأماكن للإنتاج ، كالمصانع والورش ، ومحال التجارة والمخازن أو كأماكن للأكل أو الشراب كالمطاعم والمقاهى ، إلى غير ذلك من الأبنية التى تعد لأداء أغراض معينة ، تغطى الحاجات المختلفة فى المجتمع ، فكل هذه تسرى عليها أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، إذا توافرت بها شروط سريانها (٢٧) .

كذلك يسلم الفقه أيضا ، بأن مادة الصنع ، أى المواد التى أقيمت بها هذه الدور أو غيرها من الأبنية ، ليست بمؤثرة أيضا فى مدى خضوعها لأحكام هذه المسئولية ، فيستوى فى ذلك ، أن تكون مشيدة بالطوب ، اللبن منه أو المحروق، أوبالحجارة

---

(٢٧) شنب : المرجع السابق . بند ١٠٧ ص ١٢٥ ، السنهورى: الوسيط ج ٧ بند ٦١ ص ١٠٧ .

العطار : المرجع السابق . بند ٥٢ - ٣ ص ١٢٣ ، الدورى رسالته . ص ١٥٧ ، ويشير إلى عبد المجيد الحكيم فى مصادر الالتزام . بند ٩٢١ ص ٥٠١ ، وعبد الرازق عبد الوهاب : فى مقال له بعنوان " المسئولية المدنية فى القانون السويسرى "مجلة القضاء عدد ٢ س ٢٥ ١٩٧٠ ص ٥٣٥ وما بعدها .

أوبرى و رو: المرجع السابق ص ٨٣ومابعدها . بلانيول وريبيروبيكارد: ج ٣ بند٧٣ ص ٧٦،ج١١ مع رواست : بند ٩٥٠ ص ١٩٤ ومابعدها .

أو من الخرسانة المسلحة ، أو من الخشب أو الحديد أومنهمـا معا ، أو الحصيرأو البوص أو القصب الجاف ، كما هو الأمـر فى " كباين الاستحمام[(٢٨)] وعشش رأى البر [(٢٩)] التـى قـد تقام من مثل ذلك ، أو من الزجاج [(٣٠)] ، أو البلاستيك[(٣١)] . إلـى غير ذلك من المواد التى يمكن استعمالها فى هذا المجال.والمهم أن يكون البناء مستقرا ثابتا فى مكانة ، لايمكن نقله منـه دون هدم أو تلف [(٣٢)] . وألا يكون المتعاقدان قد قصدا بقـاءه لفترة أقل من ١٠ سنوات ، فتسرى عليه أحكام القواعد العامـة ، ما لم يتفق على سريان أحكام هذه المسئولية الخاصـة [(٣٣)] .

---

(٢٨) السنهورى : الهامش السابق .

(٢٩) شنب : الهامش الأسبق ، وهامش ٢ بالصفحة المذكورة.

(٣٠) انظر فى ذلك نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ٢١ مـن مارس ١٩٧٩ بلتان ١٩٧٩ - ٣ رقم ٧٣ ص ٥٣ ومنشور أيضـا فى مجلة المرشد فى الأشغال العامة "M.T.P." ٢٦ من نوفمبر ١٩٧٩ ص ٦٥ حيث قضى بتطبيق أحكام المسئوليـة الخاصة على بناء تم تشييده من الزجاج بقصد المحافظـة به على بعض النباتات والزهور .مشار إليه فى ياقـوت: المرجع السابق . هامش ١٧٢ ص ٨٣ ، استنادا إلى دالـوز ١٩٧٩ ص ٦٠٤ ، وهو ما يميل إليه .

(٣١) ياقوت : الهامش السـابق .

(٣٢) انظر المراجع المشار إليها فى هامشى ٢٧ ، ٣٠ السـابقين وفى ذات المواضـع .

(٣٣) وهو ما يقضى به صراحة عجز الفقرة الأولى من المـادة ٦٥١ مدنـى مصرى ، وانظـر أيضـا توفيـق حسـن فـرج : مذكراتـه . ص ٥٠ ، محمـد حسين منصـور المرجـع السـابق ص ٧٢ وهامـش ٩١ بها .

وعلى ذلك ، فإذا كان البناء مما يمكن نقله من مكان إلى آخر بسهولة ، ودون هدم أو تلف ، سواء بفكه إلى أجزائه المكون منها ، أو بدون ذلك ، مثل الأكشاك والسفن والعوامات أو الدهبيات ، أو المنازل الصغيرة القابلة للفك والتركيب والنقل من مكان إلى آخر بسهولة دون هدم أو تلف ، فإن كل ذلك لايعتبر بناء لعدم توافر طابع الاتصال بالأرض اتصال قرار، وبالتالى فلا تنطبق عليه أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين ، بل يخضع لأحكام القواعد العامة فى المسئولية العقدية ، أو التقصيرية على حسب الأحوال (٣٤) .

كذلك لايهم فى تطبيق أحكام المسئولية الخاصة على هذه المبانى ، الدّور الذى قام به المهندس المعمارى أو المقاول فيها ، فقد يكونا قد توليا إنشاءها بالأسلوب المعتاد ، من وضع التصميمات ، وعمل المقايسات اللازمة ، ثم التنفيذ بمواد من عند المقاول أو من عند رب العمل ، وقد يقف دورهما عند مجرد التركيب والتثبيت بالأرض ، وذلك كما فى حالة المساكن

---

(٣٤) شنب : المرجع السابق : هامش ٢ ص ١٢٥ ، محمد ابراهيم دسوقى : مذكراته ، ص ٢٧ .
الدورى: فى رسالته ص ١٥٨ ومابعدها ، ياقوت : المرجع السابق ، بند ص ٨٣ ،
نزيه المهدى : "دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجبارى عن المسئولية المدنية للمهندس المعمارى والمقاول" دار النهضة العربية - ١٩٨٢ ص ١٥ .
وأنظر من الفقه الفرنسى : هامونيك : المرجع السابق. بند ٢٨٩ ص ٨٠ ، دللو (ج) المرجع السابق ، بند ٢٠٤ص ١٧٠ ، بلانيول وريبير . جـ١١ بند ٩٥٠ ص ١٩٣ ، بارّان : المقال السابق ، ص ٣٧٧ ، مازو (هـ.ل.ج) مطول المسئولية . جـ ٢ بند ١٠٧٠ - ١٢ ص ٩٥ ، وانظر أيضا : إكس فى ٤ من يونية ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٤ - ٢ - ١١٢ ، كوتانس فى ١١ من فبراير ١٩٢٥ دالوز الدورى ١٩٢٥ -٢- ص ١٤٠ ، نقض عرائض ٢٧ من
=

سابقة التجهيز [٣٥]، التى كثر انتشارها فى النصف الأخيـــــر من هذا القرن الذى نعيشــــه .

كذلك لاعبرة بكون هذه المبانى قد شيدت فوق سطح الأرض ،كما هو الأمر المعتاد ، الذى جرى عليه العمل منذ القدم .أوأن تكون قد أقيمت تحت أديمها ، مما غدا كثير الانتشار فى عصرنــــا هذا ، وذلك كالمخابىء التى تبنى تحت سطح الأرض ، ليختبــــىء الناس فى داخلها أثناء الحروب ويحتمون بها من القصف الجــوى الذى يشنه العدو ، أو الأدوار السفلية التى تشيد تحت ســـطح الأرض ، وتستغل فى السكنى . أو كمحال تجارية ، أو صناعيــــة ، أو أفران ، أو مخازن ، أو جراجات ، إلى غير ذلك من صنــــوف الاستغلال المختلفة . فلم يعد غريبا اليوم ، أن تتعدد الطوابــق تحت سطح الأرض ، بقدر تعددها فوقه ، أومايقارب ذلك [٣٦] .

= فبراير ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ١٢٨ . نانسى فى ٢ مـــــن يوليو ١٩٤٥ د. ١٩٤٦ ملخص ص ٦ .

(٣٥) محمد ابراهيم دسوقى : مذكراته : ص ٢٧ ، ياقوت : المرجع السابق بند ٣٢ ص ٨٤ ، محمد حسين منصور : المرجع السابــــق ص ٧٢ ، وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ١٧ من أكتوبـــــر ١٩٧٣ دالوز ١٩٧٤ ص ٣ . مشار إليه فى محمدحسين منصــــور هامش ٩٢ .

(٣٦) ماوز وجيجلار : دروس : السابق، بند ١٣٦٨ - ٣ - ص ٨٠٢ ، السنهورى : الوسيط : ج ٧ بند ٦١ ص ١٠٨، محمد حسين منصور الهامش السابق ، نقض مدنى فرنسى فى ٥ من مارس ١٩٤٦ ، جازيت دى باليه ١٩٤٦ - ١ - ١٩٩ ، دالوز الأسبوعـــــى. ١٩٤٦ ص ٢٦٨ .

وانظر عكس ذلك : شنب :المرجع السابق . بند ١٠٧ ص ١٢٦ .

بند ثان : هل كل الأعمال المتعلقة بالبناء تسرى عليها أحكام هذه المسئولية الخاصة ؟

إذا كان الإجماع التشريعي والفقي والقضائي - كما رأينا - على أن المبانى تشكل الجزء الأكبر والأهم من محل سريان أحكام المسئولية الخاصة ، فإن التساؤل الذى يفرض نفسه الآن - هو: ما الأعمال التى تتعلق بالمبانى ، والتى تسرى عليها أحكام هذه المسئولية الخاصة ؟ وبعبارة أخرى ، هل تسرى أحكام هذه المسئولية الخاصة ، على كل أعمال البناء من تشييد ، وترميم وإصلاح ، وتدعيم وتوسيع وتعلية وهدم ؟ وهل تسرى أيضا على أعمال البياض والدهان وأعمال الزخرفة والزينة " الديكور " ؟ .

١ - اختلاف الفقه فى المسألة :

استنادا إلى خصوصية قواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة ، وكذلك استنادا إلى العبارات "Vice de la construction" "L'édifice construit الواردة بالمادة ١٧٩٢ . و "Ouvrage quils ont faits ou dirigés " الواردة بالمادة ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى سالفتى الذكر . وكذلك عبارة " فيما شيدوه من مبان ، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى " الواردة بالمادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى ، ذهب رأى وحيد فى كل من الفقهين الفرنسى (٣٧) والمصرى (٣٨) على ان احكام هذه المسئولية الخاصة لاتسرى الا على العمليات الإنشائية الجديدة بحيث يقتصر عليها وحدها تطبيق تلك الأحكام،

---

(٣٧) من الفقه الفرنسى : فوسيرو : المقال السابق . ص ٢٠ عمود ٢ المقطعين الأخيرين من الفقرة (b).

(٣٨) ومن الفقه المصرى ، شكرى سرور : المرجع السابق بند ١٨٨ ص ٢١٢ وما بعدها وكذا بند ١٨٩ ص ٢١٤ وما بعدها .

أما ما عداها من أعمال أخرى كأعمال الصيانة والترميم والإصلاح والتدعيم والتوسيع والتعلية والهدم فهى لاتخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، وإنما تحكمها القواعد العامة فى المسئولية العقدية .

٢ - رأينا فى المسألة :

ونحن من جانبنا ، لايمكننا - فيما عدا أعمال الهدم ، والصيانة البسيطة (٣٩) - التسليم بهذا الرأى ، ونرى - اتفاقا مع الإجماع الفقهى سواء المصرى (٤٠) أو الفرنسى (٤١) - أن أعمال الترميمات والإصلاحات الكبيرة وأعمال التجديد والتدعيم

---

(٣٩) راجع مازو: المطول فى المسئولية ج ٢ بند ١٠٧٠ - ١٢ص ٩٤، وما بعدها ،وأيضا مازو وجيجلار : دروس : ج ٣ بند ١٣٦٨-٤ ص ٨٠٣ . فالهدم ضد البناء ، فلا ينبغى لحكم أن يسرى على الضدين ، أما أعمال الصيانة البسيطة ، كصيانة المصعد مثلا ، كما ذكر مازو ، أو صيانة آلات رفع المياه ، فهذه ليس من شأنها عادة أن تؤدى إلى تهدم البناء كليا أو جزئيا ،أو تجعله مهددا فى متانتة وسلامته ، أو أدائه لغرضه ، انظر ، ياقوت : المرجع السابق ، بند ٣٧ ص ٩٤ . وما بعدها .

(٤٠) من الفقه المصرى :شنب : السابق ، بند ١٠٧ ص ١٢٦،السنهورى الوسيط . ج ٧ هامش ٢ ص ١٠٧، الدورى : رسالته .ص ١٦٠، نزيه المهدى : السابق ، ص ١٩ ، محمد ابراهيم دسوقى:مذكراته ، ص ٢٧، ياقوت : السابق ، بند ٣٦ ص ٩٣ ومابعدها ، محمدحسين منصور : السابق ص ٧٣ ومابعدها . وقرب : محمد كامل مرسى: بند ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ص ٤٩٨ ومابعدها ، توفيق حسن فرج ، مذكراته ص ٤٩ ، مصطفى أبو علم : السابق، ص ٢٧ ، ٢٨ ، العطار : السابق ص ٨ ،٩ وأيضا ص ١٢٣ ، ١٢٤، عنبر:السابق ص ١٧٦ . وانظر من القضاء المصرى على ندرته : نقض مدنى مصرى فى ١٢ من يونية ١٩٧٣ مجموعة الأحكام س ٢٤ ص ٨٩٤ ، استئناف مختلط فى ٣٠ من مايو ١٩٠١ م٠ ١٣ ص ٣٤٧ ، وفى ٢٢ من يناير ١٩١٤م م ٢٦ ص ١٦٩ .

(٤١) وانظر من الفقه الفرنسى : هامونيك : السابق . بند ٢٩٢ ، ص ٨١ ، ب سانت موريس : رسالته السابقة ص ٦٢ ، بلانيول

=

والتوسيع والتعلية وكذلك أعمال الصيانة الكبيرة التى تمس الأجزاء الرئيسية من العقار أو ملحقاته ، كل هذه الأعمال التى تتم فى عقارات موجودة من قبل ، لاتخضع للقواعد العامة فى المسئولية العقدية . بل تحكمها قواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة ، متى كانت هذه الأعمال تقع على هيكل العقار أو الأجزاء الرئيسية فيه ، بحيث يترتب على الأداء المعيب لها حدوث تهدم كلى أو جزئى فى البناء ، أو تهديد لسلامة العقار ومتانته ، أو حتى جعله غير صالح للهدف الذى أنشئ من أجله .

وسندنا فى ذلك ، بالإضافة إلى الإجماع الفقهى المشار (٤٢) إليه ، هو :

١ - تحقيق ذات قصد المشرع نفسه ، الذى حدا به منذ أقدم العصور (٤٣) إلى تقرير هذه الحماية القانونية ، ليس فقط لصالح مالك العقار فحسب ، وإنما أيضا تحقيقا للصالح العام ، بالمحافظة على اقتصاد الوطن وثرواته ، وكذلك

= وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٥٠ ص ١٩٢ ، ش . ل . بوليو : المقال السابق ، ص ٩٨ ، كانتيلوب : رسالتها السابقة ، ص ٤٠ ، ب . سوان : رسالته السابقة ، ص ٤٥٩ ، وانظر الفقة المشار إليه بهامش ١٧ بها ، مازو : المطول : ج ٢ بند ١٠٧٠ - ١٢ ص ٩٤ وما بعدها ، مازو وجيجلار : دروس ج ٣ . بند ١٣٦٨ - ٤ ص ٨٠٣ . وانظر من القضاء الفرنسى : نقض عرائض فى ١٨ من فبراير ١٨٣٥ سيرى ١٨٣٥ - ١ ١٧٤، ١٥ من يونية ١٨٦٣ سيريه ١٨٦٣-١-٣٦٣ ، دالوز ١٨٦٣-١-٤٢١، ٣ من نوفمبر ١٩٠٩ دالوز الدورى ١٩١٠-١-٢٢١ ، ٢٧ من فبراير ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ -١-١٢٨ ، استئناف إميان فى ٢٩ من مايو ١٨٧١ سابق ، ليون ٢٩ أكتوبر ١٩٤١ ، العالم القضائى بليون فى ١٥ سبتمبر ١٩٤٢ .
مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٤ منمايو ١٩٣٣ مجموعة ليبون ١٩٣٣ ص ٦٦٣ "réparation d'un dallage" وفى ١٨ من مارس ١٩٥٩ الوقائع القانونية للقانون الإدارى ١٩٥٩ - ٢ - ١٦٢، "Réparation d'une annexe de lycée"

(٤٢) برنارد سوان : المرجع السابق . بند ٤ ص ٤٥٩
"Doctrine et jurisprudence sont également unanime pour considérer que les travaux de réparation des immeubles anciens sont compris dans l'énumération légal".

(٤٣) انظر، فيما سبق، من ص ٢٤ : ص ٥٥ .

نشر الأمن والسكينة والطمأنينة فى ربوع المجتمع ، وبين أعضائه ، بحيث يأمن الفرد على نفسه ، وماله ، إن غاديا أورائحا ، والقول بغير ذلك فيه إهدار لهذا القصد ، وتهديد للصالح العام والخاص .

٢ - أن هذه الأعمال قد تكون أحيانا من الجسامة ، بحيث تفوق فى تكلفتها ، ما سبق أن تكلفه إنشاء العقار نفسه ، كما قد يتمثل فيها جانب الخطورة كما لم يكن من قبل، فكيف يتسنى القول - وهى على هذا القدر من الجسامة ، وبهذه الدرجة من الخطورة - بعدم إخضاعها لأحكام المسؤلية الخاصة ، والاكتفاء بالقواعد العامة فى المسئولية ضابطا لها ، ومهيمنا عليها ، وما هو وجه المفاضلة بينها وبين عمليات الإنشاء الجديدة ، الذى يمكن على أساسه المغايرة بينهما فى الحكم .

٣ - إذا حدث بالعقار بعد تسلمه من رب العمل مقبولا بتسع سنوات مثلا ، ما أوجب تطبيق أحكام الضمان العشرى عليه ، وتمت الإصلاحات تنفيذا لتلك الأحكام ، أفيمكن القول - اتساقا مع الرأى موضوع المناقشة - بضمان هذه الإصلاحات ضمانا عشريا أيضا - وهو ما لم ينازع فيه أحد (٤٤) - أم أنها تكون إصلاحات قد تمت فى عقار قائم منذ تسع سنوات، وليس بشأن عمليات إنشاء جديدة ، وبالتالى تكون هذه الإصلاحات بمنأى عن أحكام هذه المسئولية الخاصة ، وهو ما لم يقل به قائل من قبل (٤٥).

---

(٤٤) شكرى سرور : المرجع السابق بند ٢٣٩ ص ٢٦٤ وما بعدها والقضاء الذى أشار إليه سيادته فى هامشى ٢٦٥ ، ٢٦٦ص ٢٦٥.

(٤٥) شكرى سرور : المرجع السابق ، آخر بند ١٨٨ ص ٢١٣ .

٤ - ثم إن تخصيص هذه العبارات سالفة الذكر ، بالإنشاءات الجديدة، فقط، دون غيرها من أعمال التشييد والبناء، قد أعوزه المخصص، منصوصا كان أم معقولا ، فإن الأفعال، شيد ، أو أقام ، أو عمل أو أدار ، ليس فيها ما يقطع على حصر دلالتها فقط على عمليات التشييد أو الإقامة لأول مرة ما لم يخصصها بذلك مخصص ، والقاعدة "أن العام على عمومه حتى يخصص" .

٥ - ثم إن المشرع المصرى قد ساوى بين هذه الأعمال على اختلاف أنواعها ، وبين أعمال التشييد الجديدة ، فيما يتعلق بضرورة الحصول على ترخيص بالقيام بها من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم ، وذلك طبقا للمادة الرابعة من القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ (٤٦)، وكذلك فيما يتعلق بضرورة تقديم وثيقة تأمين بالنسبة للأعمال التى تصل قيمتها إلى ثلاثين ألف جنيه مصرى ، والتعليات مهما بلغت قيمتها ، مع مراعاة الاستثناء المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٨ من ذات القانون (٤٧). مما يستفاد

---

(٤٦) م(٤) فقرة (١) من القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٥٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء والمعدل بالقانون رقم ٢ لسنه ١٩٨٢ والقانون رقم ٣٠ لسنه ١٩٨٣ . " لايجوز إنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تدعيمها أو هدمها أو إجراء أية تشطيبات خارجية مما تحدده اللائحة التنفيذية إلا بعد الحصول على ترخيص فى ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم ، أو إخطارها بذلك وفقا لما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

(٤٧) م(٨) "لايجوز صرف ترخيص البناء ، أو البدء فى التنفيذ ، بالنسبة إلى الأعمال التى تصل قيمتها ثلاثين ألف جنيه والتعليات مهما بلغت قيمتها ، إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين .

ويستثنى من الحكم المتقدم ، التعلية التى لاتجاوز قيمتها خمسة عشر ألفا من الجنيهات ، لمرة واحدة ، ولدور واحد ، وفى حدود الارتفاع المقرر قانونا .

منه اتجاه إرادة المشرع نحو توحيد المعاملة بالنسبة لكل هذه الأعمال ، لافرق فى ذلك بين جديد منها وقديم ، لتوافر الحكمة من تقرير أحكام هذه المسئولية الخاصة فى كل منها ، الأمر الذى يقتض توحيد المعاملة ، وإلاكان الكيل مختلفا ، مما تنأى عنه السياسة التشريعية السليمة (٤٨).

أما فيما يتعلق بأعمال الدهان والبياض والزخرفة أو الزينة " الديكور " فلا نرى إخضاعها لقواعد وأحكام المسئولية الخاصة بل يكفى بصددها تطبيق القواعد العامة فى المسئولية العقدية ، ذلك لأن هذه الأعمال لايترتب على أدائها أداء معيبا - طبقا للمجرى العادى للأمور - حدوث تهدم كلى أو جزئى فى العقار ، ولاتهديد فى سلامته أو متانته ،أو فى أدائه للغرض الذى أنشىء من أجلة ، باعتبار أن هذه الأعمال لاتدخل فى تكوين هيكله ، أو الأجزاء الرئيسية فيه ، بل هى أعمال ثانوية بالنسبة له ، لايترتب على أدائها قوة فى تماسكه ، أو شدة فى صلابته ، بل وتفتقر إلى أى تأثير خطير على البناء ، وبالتالى - بطبيعة الحال - على الصالحين العام والخاص ، وعلى ذلك فلا تتوافر لها الحكمة فى إخضاعها لقواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة ، وعلى ذلك جرى إجماع الفقه والقضاء فى

= وتغطى وثيقة التأمين المسئولية المدنية للمهندسين المعماريين والمقاولين عن الأضرار التى تلحق بالغير بسبب ما تحدث فى المبانى من تهدم كلى أو جزئى وذلك بالنسبة لما يلى :-

- ١ .... - ٢ ....

(٤٨) انظر فيما يتفق وهذا الاستدلال : محمد حسين منصور : المرجع السابق ، ص ٧٣ ، وما بعدها ، وفى عكسه : شكرى سرور،المرجع السابق ، هامش ٦٤ ص ٢١٣ .

كل من مصر [٤٩] وفرنسا [٥٠].

وإذا كان هناك ثمة رأى فريد لايتفق مع هذا الإجماع، ويقول بخلافه من إخضاع هذه الأعمال، لأحكام هذه المسئولية الخاصة، طالما وجد ضابط تطبيق هذه الأحكام، وهو حدوث التهدم الكلى أو الجزئى، أو ظهور العيب المعتبر بشروطه فى البناء[٥١]، بمعنى أنه متى توافر هذا الضابط فى هذه الأعمال وجب القول بإخضاعها لأحكام هذه المسئولية الخاصة.

فردنا على هذا الرأى، يخلص فى أنه، متى كان إعمال أحكام هذه المسئولية الخاصة، منوط بضابط معين، وهو - كما سبق القول - حدوث تهدم كلى أو جزئى فى العقار، أو ظهور عيب فيه يتهدد سلامته ومتانته، أو يجعله غير صالح للغرض الذى شيد من أجلة، ولما كان ضابط الإعمال هذا، لايمكن - بحسب المجرى العادى للأمور - أن يتأتى من هذه الأعمال، فلم القول بالزج بها فى دائرة هذا الضمان المشدد، طالما كان المقطوع به سلفا، أنها لن تؤدى إلى أسباب تطبيقه.

وإذا حدث وأن سرنا وراء سراب الخيال المجرد عن الواقع والحقيقة، وافترضنا جدلا توافر هذا الضابط التشريعى، فإنه

---

(٤٩) شنب: المرجع السابق. بند ١٠٥ ص ١٢٤، وبالنسبة لأعمال الديكور بند ١٠٧ ص ١٢٦، السنهورى: الوسيط جـ ٧. ص ١٠٧، هامش ٢ بها، العطار: المرجع السابق، بند ٥٢-٤ص ١٢٤، الدورى: فى رسالته. ص ١٦١، نزيه المهدى: المرجع السابق ص ١٩، ياقوت: المرجع السابق، بند ٩٧ ص ٩٥، شكرى سرور: المرجع السابق، بند ١٢٣ ص ٢٢٠، وقرب: محمد ابراهيم دسوقى: مذكراته، ص ٢٧.
وانظر أيضا من القضاء المصرى على ندرته استئناف مختلط فى ٣٠ من مايو ١٩٠١م ١٣ ص ٣٤٧.

(٥٠) انظر، فيما سبق الفقه الفرنسى المشار إليه فى هامش ٤١ص ٥٩٩وما بعدها

(٥١) محمد حسين منصور: المرجع السابق. ص ٧٤.

فى الحقيقة لن تكون هذه الأعمال سبب وجوده ، وإن شكلت مناسبة هذا الوجود [٥٢]. وإنما يكون السبب فى توافر هذا الضابط ، شيئا آخر غير هذه الأعمال ، يؤدى بطبيعته - وحسب العادة - إليه ، فهذا العمل الذى أدى إلى توافر هذا الضابط ، هو وحده الذى يخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، باعتباره سبب هذا التهدم ، أو علة وجود ذلك العيب .

مثال ذلك ، أن يحدث بمناسبة أداء هذه الأعمال ، أن تنكسر الماسورة الرصاصية التى توصل الماء إلى المنزل ، كسرا داخليا فى أسفل البناء لم يفطن إليه أحد ، يترتب عليه أن ينساب الماء - ولو بسيطا - إلى أساسات البناء ، فينتج عن ذلك انخساف فى أرضيته ، مما يكون سببا فى حدوث تشققات خطيرة بالبناء ، تظهر بعد تمام تسلمه ، وتكون سببا فى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة .

فمن هذا الماثل - وغيره من الأمثلة العملية التى يمكن أن تساق - يتضح كيف أن هذه الأعمال لم تكن إلا المناسبة ، فى حين كان السبب شيئا آخر ، هو كسر الماسورة الرصاصية وانسياب الماء منها إلى أساسات البناء .

على أن هذه الأعمال وإن لم يشملها الضمان العشرى ، لعدم توافر معيار انطباقه فيها - كما رأينا - إلا أنها سوف تخضع فى نطاق القانون الفرنسى - لأحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى ، المستحدث بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر (م ١٧٩٢ / ٦) كما سيأتى بيانه تفصيلا فى موضعه [٥٣].

---

(٥٢) وشتان بين السبب والمناسبة ، وإن كان الفارق بينهما بينا ، لا يحتاج إلى زيادة إيضاح .

(٥٣) انظر فيما بعد من ص ١٠١٨ : ١٠٩٣ .

بند ثالث : هل يخضع العقار بالتخصيص لأحكام هذه المسئولية ؟

ولكن هل ينحصر سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة في العقار بطبيعته أم يمكن أن يمتد، أيضا، ليشمل العقار بالتخصيص؟

١ - اتجاهات ثلاثة :

انقسم الرأى حول هذه المسألة ، بين قائل بالقصر، ومناد بالامتداد ، وثالث يتوسط الأمر .

وحجة القائل بالقصر ، أن العقار بالتخصيص هو فى طبيعته منقول ، رصد لخدمة العقار ، ومنفعته ، فلا يعتبر من قبيل المنشآت الثابتة ، وبالتالى فلا تتحقق مسئولية المهندس المعمارى والمقاول عما يظهر فيه من خلل أو عيب إلا وفقا للقواعد العامة (٥٤).

وأما من نادى بالامتداد فحجته أن العقار بالتخصيص وإن كان فى طبيعتة منقولا ، إلا أنه متى ثبت بالعقار ، ورصد لخدمته ، اعتبر عقارا ، ويجب أن يأخذ حكم العقار، بحيث يسرى عليه ما يسرى على العقار من أحكام خاصة به ، طالما لازال مثبتا

---

(٥٤) هامونيك : المرجع السابق ، بند ٢٨٩ ص ٨٠ ، بودرى وڤال حـ ٢ بند ٣٩٤٩ ، السنهورى : الوسيط ، حـ ٧ ، ص ١٠٧ هامش ١ وقد اعتبر سيادته المصعد منشأ ثابتا ، أى يخضع لأحكام المسئولية الخاصة ، على الرغم من حركته صعودا وهبوطا ، بحجة " أن هذه الحركة لاتتعدى دائرة محدودة ، فهى إذن ليست بالحركة الحرة الطليقة ، ومن ثم فهو فى حكم المنشآة الثابتة " ويبدو أن سيادته لم يعتبره عقارا بالتخصيص ، بدليل أنه تحدث عن العقار بالتخصيص بعد أن فرغ من حديثه عنه ، باعتباره مما يسهل فكه ونقله بسهولة . وانظر أيضا الدورى : رسالته ص ١٦٠ .

فى مكانه من العقار ، ولم ينزع منه بعد (٥٥).

أما من توسط الأمر ، فيرى لزوم التفرقة بين الأجزاء سهلة الفك والنقل دون تلف من العقار بالتخصيص ، فترجع إلى طبيعتها المنقولة ، وتأخذ حكمها من حيث إخضاعها لأحكام القواعد العامة ، وبين الأجزاء الأخرى من العقار بالتخصيص ، المثبتة بالعقار ،والتى لايمكن نزعها منه دون تلف فهذه يجب أن تأخذ حكم العقار ، وتخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة (٥٦).

٢ - رأينا فى المسألة :

ونحن من جانبنا ، نرى وجوب توحيد المعاملة بين العقار بطبيعته ، والعقار بالتخصيص ، من حيث إخضاع هذا الأخير - كالأول تماما - لأحكام هذه المسئولية الخاصة . وذلك استنادا الى الحجج الآتية :-

(١) أن العقار بالتخصيص عادة ما يثبت بالعقار بطبيعته ، تثبيتا يصعب معه فكه منه أو نزعه عنه دون تلف ، وحتى وإن كان ذلك فى بعض أجزائه ، إلا أنه ينجم عن ذلك . عدم إمكان تشغيلة بدون هذه الأجزاء ، فيأخذ حكم التالف فى مجموعه .

---

(٥٥) شنب : المرجع السابق . بند ١٠٧ ص ١٢٦ ، محمد حسين منصور: المرجع السابق . ص ٧٣ . مازو : المطول . بند ١٠٧٠-٢ ص١٢، ٩٥، وانظر التطبيقات القضائية التى ذكرها فى الهوامش ١٨، ١٩ ٢١ بذات الصفحة ، لابان : فى رسالته " مسئولية المهندس المعمارى والتأمين منها " باريس (١) ١٩٧٨ . ص ١٣٥ .
"La garantie décennale s'appliquait à tous les gros ouvrages interessent les immeubles, aussi bien les immeubles par nature que les immeubles par destination"
بريكمونت :المرجع السابق . بند ٩٩ ص ١٠٦ ومابعدها ، كاربلا =

(٢) أن العيب الذى يلحق العقار بالتخصيص ، وإن لم يترتب عليه أحيانا حدوث تهدم كلى أو جزئى بالعقار ، إلا أنه قد يترتب عليه ،أحيانا، تهديد لمتانة البناء وسلامته .

(٣) كذلك فإن تعييب العقار بالتخصيص ، سواء فى تركيبه الداخلى ، أو فى طريقة وضعه وتثبيته ، أو فى أسلوب تشغيله ، سوف يترتب عليه بالضرورة صيرورة البناء غير صالح لتأدية الغرض الذى أنشىء من أجله [٥٧] ، وهذا فى حد ذاته كاف للقول بإخضاع العقار بالتخصيص لأحكام هذه المسئولية الخاصة [٥٨].

= المرجع السابق فصل I ص ٢٢ .
وانظر أيضا نقض فرنسى (الدائرة الأولى مدنى) فى ٢٧ من يناير ١٩٥٩ ببلتان ١٩٥٩ - ١ رقم ٥٤ ص ٤٤، فى ٥ من يناير ١٩٦٠ ببلتان ١٩٦٠ - ١ رقم ٥ ص ٥ ، باريس فى ١٢ من نوفمبر ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٨ ص ١٤١ .

(٥٦) كاريلا : المرجع السابق . فصل I ص ٢٤ ، باقوت: المرجع السابق، بند ٣٢ ص ٨٥ هامش ١٧٦ .

(٥٧،٥٨) كما لو كان مصعدا فى مبنى شاهق الارتفاع، أو متعدد الطبقات تحت سطح الأرض . أو كان جهاز تكييف مركزى فى بلاد قارسة البرد أو شديدة القيظ. إلى غير ذلك . طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء، مما سيأتى بيانه فى موضعه من الدراسة انظر فيما يأتى من ص ٨١٨ - ص٨٣٣ . وانظر من هذا الرأى بريكمونت :المرجع السابق بند ٩٩ ص ١٠٦ وما بعدها .

(٤) كذلك ، فإن القول بإخراج العقار بالتخصيص من دائرة أحكام هذه المسئولية الخاصة ، استنادا إلى أنه منقول فى طبيعته ، وليس من قبيل المنشآت الثابتة ، يجعلنا نتساءل ، وهل البناء فى مجموعه - فيما خلا ما استقر عليه من مسطح أرضى - إلا عديد من منقولات عقرتها يد الانسان بتثبيتها على ذلك المسطح الأرضى تثبيت قرار ؟! وهل يستساغ القول بأن هذا البناء يعتبر منقولا، وليس عقارا ، لمجرد أن يكون باستطاعة من بناه أو غيره - وهذا فرض متصور جدا فى بعض أنواع من الابنية - فكه الى أجزائه الأولية من طين وحجارة أو طوب وخشب وحديد إلى غير ذلك ؟! .

المطلب الثاني

إقامة المنشآت الثابتة الأخرى

لم يكتف المشرع ، سواء المصرى أو الفرنسى ، بجعل عمليات تشييد المبانى محلا لسريان أحكام المسئولية الخاصة ، على الوجه الذى رأيناه فى المطلب السابق وإنما توسع فى نطاق تطبيق هذه الأحكام - وذلك بمقتضى نصوص صريحة - ليجعلها تشمل أيضا عمليات إقامة المنشآت الثابتة الأخرى .

وما ذلك ، فى تقديرنا ، إلا تنفيذا لسياسة تشريعية مقصودة من المشرع تخلص فى محاولة إيجاد نوع من التوازن فى الحماية القانونية ، بين الصالح الخاص ، والذى تشكل المبانى الجانب الأكبر من نشاطه العقارى ، بينما لاتشكل المنشآت الثابتة الأخرى إلا جانبا ثانويا بالنسبة له ، وبين الصالح العام ، الذى - على العكس من الأول - تشكل هذه المنشآت الجانب الهام من نشاطه العقارى ، فى حين لاتشكل المبانى إلا جانبا ثانويا عنده . وهذا مما يؤكد ارتباط هذا الضمان، أو أحكام هذه المسئولية الخاصة بالنظام العام كما سبق بيانه (١) .

وعلى أية حال ، فسوف نحاول أيضا فى هذا الفرع إلقاء الضوء من خلال النصوص التشريعية ، والاجتهادات الفقهية ، والتطبيقات القضائية ، على هذه المنشآت الثابتة الأخرى ، التى يعتبر تهدمها أو تعيبها داعيا من دواعى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة .

---

(١) انظر، فيما سبق، من ص ٣٠٦: ص ٣٣٧ .

نبذة أولى : اختلاف الصياغة بين كل من التشريعين المصرى والفرنسى :

وأول ما يطالعنا فى هذا البحث ، هو اختلاف الصياغة فى كل من التشريعين المصرى والفرنسى [٢]، فحين ذكر المشرع المصرى فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى الجديد المنشآت الثابتة الأخرى غير البناء ،صراحة ومباشرة ، نص على أن يكون ضمان المهندس المعمارى والمقاول منصبا على ما يحدث من تهدم كلى أو جزئى ، فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت أخرى [٣]، جاء المشرع الفرنسى فى المادة ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى ، ليحصر الضمان العشرى فى الأعمال الكبيرة "les gros ouvrages...." فنص على أن ينقض بعد عشر سنوات ضمان المهندس المعمارى والمقاولين للاعمال الكبيرة ،التى كانوا قد اقاموها أو أداروها [٤].

والذى يتضح من صياغة كل من النصين ، أن عبارة نص المادة ٦٥١ مدنى مصرى قد جاءت أكثر دقة ، وأوضح تعبيرا عن مقصود المشرع ، وذلك باحتوائها على أوصاف مخصصة ، بينت المراد، وأوضحت حدوده ومعالمه ، فى حين جاءت عبارة نص المادة ٢٢٧٠مدنى فرنسى " gros ouvrages " عامة مشكلة أثارت الكثير من المناقشات والمجادلات الفقهية ، حتى كان أمر تفسيرها والتوفيق بينها وبين المادة ١٧٩٢ من ذات القانون ، من

---

(٢) انظر : شنب : المرجع السابق ، آخر هامش ٢ ص ١٢٦ .

(٣) راجع نص الفقرتين ، الأولى والثانية ، من المادة ٦٥١ سالفة الذكر .

(٤) راجع ،فيما سبق ، النص باللغة الفرنسية هامش ٣ ص ١٣٣ .

المعضلات الصعبة فى نطاق القانون المدنى الفرنسى (٥). التى سادت أوساط الفقه والقضاء منذ وضع مدونه نابليون فى القانون المدنى الفرنسى سنه ١٨٠٤ وحتى التدخل التشريعى الأخير الذى تم بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ سالف الذكر، أى ما أناف على مائة وسبعين عاما من الزمان .

نبذة ثانية : الاستناد إلى التفسير التكاملى لكل من المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى : (إحالة)

ولقد سبق أن قررنا ـ استنادا إلى أقوال الفقه والقضاء الغالبين فى فرنسا ـ أن عبارة " الأعمال الكبيرة "gros ouvrages " تعنى فى بعض مقصودها الأعمال الكبيرة فى البناء نفسه ، وأوردنا بعض النقول باللغة الفرنسية فنحيل اليها (٦):

---

(٥) -Colin et Capitant: traité..2'éd .t.2 P.568 "La coéxistance des deux textes (1792 et 2270) leur rédaction équivoque ont déterminé la jurisprudence et la doctrine à des distinctions compliquées et subtiles".

-Courcelle et Le Maître: Op. cit. P.310 "Il n'est guère de dispositions qui aient donné naissance à autant de controverses que cesdeux articles".

-Minivielle: Op. Cit. N°228 P. 188 et de N°240 P.195a N°261 P259et surtout N°240 et 245"On voit que le mot de chaos, écrit au début de cette exposé (N°240), n a vraiment rien d'exageré (N° 245).

وانظر ايضا : دافيد كونستانت :المقال السابق . بند٩ص ١٦٨.

(٦) انظر ص ٦٥٠ وما بعدها وهامش ٥ بها ، وكذا ص ٦٥٣ وما بعدها .

والذى يبين من تلك النقول ، أن هذه العبارة التى أتت بها المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ، لاتقف ، فى مقصودها عند الأعمال الكبيرة فى البناء فقط [٧] ، بل تتعدى ذلك إلى كل المنشآت الثابتة الاخرى غير البناء [٨].

نبذة ثالثة : تعريف المنشآت الثابتة الأخرى غير المبانى :

لذلك عرفتها الأستاذة كانتيلوب بأنها :

"Toute construction qui n'a pas pour but le lougement des hommes et des animaux, tels les can. aux, les digues, les puits etc........ (٩)

كذلك عرفها الأستاذ سيلارد بأنها :

"Le gros ouvrages est, par définition, celui dont L'existence constitue un élément essentiel du gros oeuvre ou de sa stabilité" .... (١٠)

وهكذا تتضح وحدة القصد التشريعى ، فى كل من القانونين - وإن اختلفت عبارة كل منهما - من الرغبة فى إخضاع كل المنشآت الثابتة . سواء كانت مبان ، أو منشآت ثابتة أخرى ، لقواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة . حتى تتحقق بذلك الحماية القانونية ، لرأس المال العقارى ، على المستويين العام والخاص.

---

(٧) وهذا ما حدا بنا إلى القول بأنها "تعنى فى بعض مقصودها".

(٨) ومع ذلك فهناك من الفقه الفرنسى من قال باستقلال كل من النصين فى التطبيق عن الآخر ، بحيث لاتسرى المادة ١٧٩٢ الاعلى الأعمال المتعلقة بالبناء فقط . فى حين تنطبق المادة ٢٢٧٠ على غير البناء من منشآت ثابتة أخرى ، شريطة أن يتعلق بالأعمال الكبيرة فقط من هذه المنشآت . (انظر: هامونيك : المرجع السابق بنود من ٢٤٣ الى ٢٦٣).

(٩) كانتيلوب : المرجع السابق ص ٣٩ وما بعدها .

(١٠) سيلارد ، المقال السابق ، ص ١٧ .

ولأمن وسلامة الأفراد فى المجتمع ، وذلك لتوافر الحكمة من تقرير هذه الحماية ، فى كل من المجالين ، إذ كما يصاب رأس مال العقارى بالخسارة ، ويذهب أمن المجتمع وتتهدد سلامة أفراده بحدوث التهدم - كليا كان أم جزئيا - فى البناء ، أو ظهور العيب المعتبر فيه . فكذلك الحال - إن لم يكن بالتأكيد أظهر - فى المنشآت الثابتة الأخرى غير البناء(١١).

بند أول : عدم كفاية التعريف التكوينى وضرورة الاستعانة بالتعريف الوظيفى إلى جانبه :

ولما كان البناء، فى حقيقته، منشآ ثابتا فى حيزه من الأرض، متصلا بها اتصال قرار - كما سبق أن عرفناه (١٢)- فإن المنشآت الثابتة الأخرى ، التى أردفها النص عليه لتدخل مثله تحت نطاق تطبيقه ، لاتخرج فى تعريفها التكوينى عن ما عرفناه به ، وإن اختلفت عنه فى تعريفها الوظيفى ، إن صح التعبير(١٣).

---

(١١) ولسنا بحاجة إلى التأكيد على صدق ما نقول . فيكفى أن نتصور انهيار معبر " كوبرى " على النيل فى كل او بعض اجزائه ، بما على ظهره من مركبات ومارة ، وعلى ما قد يكون مارا تحته من مراكب وذوارق إلى غير ذلك ، لنرى من هول المصيبه وفجاعة الكارثة ، ما تقشعر منه الأبدان.

(١٢) انظر ص ٦٥٨ وما بعدها فيما سبق .

(١٣) نقول إن صح التعبير ، لأن التعريف فى الحقيقة إنما يكون قائما على الكنة والجوهر ، لاعلى الوظيفة والمظهر، ولكن شاع - على غير الواجب - التعريف بالوظيفة ، فيقال مثلا: شركة التأمين : هى التى تقوم بمزاولة أعمال التأمين المختلفة ، وجهاز البرق " التليغراف " هو الذى يقوم - سلكيا أو عبر الأثير - بتبليغ مكالمات الأفراد بعضهم إلى بعض رغم شساعة البون بينهم .

هذا ولما كان ، التعريف دائما هو سبيل التمييز بين الاشياء ، وكان التعريف التكويني لايسعفنا - لوحدته - سبيلا للتمييز بين البناء والمنشآت الثابتة الأخرى ، وإن ميز بينهما وبين غيرهما من غير المنشآت الثابتة ، لذلك لزمنا - تمييزا بينهما - الاستعانة - إلى جانب التعريف التكويني المستند إلى كنه الشيء وجوهره - بالتعريف الوظيفي ، وسيلة لإفراد المنشآت الثابتة الأخرى - المقصودة من النص - بالبيان(١٤).

بند ثان : تعريفنا للمنشآت الثابتة الأخرى غير المباني :

وعلى ذلك يمكننا تعريف المنشآت الثابتة الأخرى غير البناء بأنها :

كل عمل أقامته يد الإنسان ، ثابتا في حيزه من الأرض متصلا بها اتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد - أيا كان نوعها - ربطا غير قابل للفك ، بحيث يسير على

---

(١٤) وفضلنا الاستعانة بالتعريف الوظيفي ، أو التعريف بالوظيفة ، عن التعريف بالنفي أو التعريف السلبي، وهو ما يتم بطريق الاستبعاد ، وكان من السهل التعريف به ، وذلك لأن التعريف بالوظيفة ، وإن كان تعريفا مستندا إلى شيء خارج عن كنه المعرف وجوهره ، إلا أنه يحتوى على عنصر إيجابي للمعرف، يمكن تعريفه بإسناده إليه ، وذلك على خلاف التعريف السلبي ، الذى قد يشق أحيانا التعريف به ، أو يكون على الأقل غير مانع ، خصوصا إذا كان المعرف من جنس تكثر أنواعه .

الإنسان سبيل انتقاله أو سبيل معاشه (١٥).

ونميل فى بيان الشطر التكوينى من هذا التعريف الى ما سبق أن أوضحنا بشأن البناء (١٦)، لوحدة الأمر فى الحالين . أما فيما يتعلق بالشطر الوظيفى منه وهو ما يقوم عليه التمييز بين البناء من جهة وبين المنشآت الثابتة الأخرى من جهة أخرى . فنرى أن المنشآت الثابتة الأخرى لاتقتصر وظائفها - كالبناء - على مجرد إيواء الإنسان (١٧)، وإنما تمتد لتيسر عليه سبيل انتقاله من مكان إلى آخر ، فى داخل القطر أم إلى

---

(١٥) قارن تعريف كل من الأستاذين كانتيلوب وسيلارد سالفى الذكر . وانظر أيضا تعريفا لها أورده الدورى فى رسالته (ص ١٦١- ص ١٦٢) - نقلا عن مقال للأستاذ الدكتور / عبد الرزاق عبد الوهاب ، سالف الاشارة ، ص ٥٥ منه - على انها " كل ما تنتجه طاقة الإنسان ، ويشبه من الوجهة الاقتصادية المبانى ، ويمكن أن يؤدى العيب فى إنشائها او النقص فى صيانتها إلى ضرر مماثل للضرر الذى يمكن أن يحدث من العيب فى إنشاء البناء او النقص فى صيانته " .

هذا وقد أورد الأستاذ Oftinger تعريفا لها استنبطه من أحكام القضاء السويسرى بأنها "هى الأشياء الثابتة المرتبطة بصورة مباشرة أو غير مباشرة بالأرض ، سواء كانت مبنية بناء او مرتبطة بطريقة اصطناعية "Thil Oftinger ج ٢ ص ٤١٣ - نقلا عن الدورى ، ص ١٦٢ ، عن المقال السابق ص ٥٩) .

(١٦) انظر فيما سبق ص ٦٥٨ ، ٦٥٩ .

(١٧) وكذلك إيواء الحيوانات أو الطيور أو السيارات، أواستنبات بعض انواع النباتات ، أو حفظها بتهيئة الجو المناسب لها ، وسواء تمثل هذا الإيواء فى سكناها ، أوالإقامة بها موقتا لعلاج أو ترويح ، أو الاحتماء بها عند الحاجة أو استغلالها فى مباشرة أنواع نشاطه المختلفة ، من تعليم وعبادة وتجارة وصناعة وزراعة إلى غير ذلك من ضروب النشاط أو حتى لإيواء جثمانه بعد وفاته . كالمقابر ، فهى من البناء ، وإن كان البعض يوردها على أنها من المنشآت الثابتة الأخرى (انظر السنهورى : الوسيط ح ٧ ص ١٠٨) .

خارجه ، كالجسور والمعابر " الكبارى " والقناطر والسدود والخزانات والأنفاق والسكك الحديدية ، والطرق والشوارع والمطارات بما تحتويه من أماكن اقلاع وهبوط الطائرات[١٨]. أو تيسر عليه سبيل اتصاله كالقواعد التى تقام عليها الأعمدة الحاملة لأسلاك الهاتف أو البرق [١٩]، أوتيسر عليه سبيل معاشه : من ذلك القناطر والسدود والخزانات [٢٠]، تستخدم فى حجز المياه - سواء كانت مياه أنهار أم مياه أمطار - وتخزينها لوقت الحاجة ، والتحكم فى كيفية الانتفاع بها ، ووقت هذا الانتفاع ، أو حفر بئر [٢١] أو شق قنوات أو ترع أو مصارف [٢٢]،

---

(١٨) شنب : المرجع السابق ، بند ١٠٧ ص ١٢٦ ، السنهورى: الهامش السابق ، بلانيول وريبير ورواست ، ج ١١ بند ٩٥٠ ص ١٩٣ ، وأنظر بشأن السدود : نقض فرنسى (عرائض) فى ٩ من فبراير ١٨٧٤ دالوز ١٨٧٧ - ١ - ٢٨٨ ، نقض فرنسى فى ١٩ من مايو ١٨٥١ دالوز ١٨٥١ - ١ - ١٣٨ ، سيريه ١٨٥١-١-٣٩٣ ، نقض فرنسى (الدائرة الأولى مدنى) فى ٥ من يناير ١٩٦٠ بيلتان ١٩٦٠ - ١ رقم ٥ ص ٥ . وبشأن رصف طريق : انظر ش - ل . بوليو : المقال السابق ص ٩٧ ، محكمة س.دوى فى ٢٨ من يونية ١٨٣٧ دالوز المفهرس .D. Rép لفظ Louage d'ouvrage ص ١٣٩ ، وانظر عكس ذلك . كاربلا : المرجع السابق . فصل ١ ص ٢٢ ، نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى) فى ٨ من إبريل ١٩٧٠ ، ج.ك. ب ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٤٧٤ .

(١٩) ليت - فو : مقال " المسئولية العشرية والثنائية للمعماريين " جازيت دى باليه ١٩٦٩ - ١ ص ١٥ ، شكرى سرور، المرجع السابق ، بند ١٩١ ص ٢١٦ .

(٢٠) قرب من ذلك ، نقض فرنسى (الدائرة ١ مدنى) فى ١١ من فبراير ١٩٤٧ ج . ك . ب . ١٩٤٧ - ٢ - ٣٥٩٩ بمناسبة خزانات بنزين .

(٢١) ش . ل . بوليو : المقال السابق ، ص ٩٧ ، محكمة س.زيجون فى ١٣ من مايو ١٩٦٢ دالوز ١٨٦٢ - ١ - ١٣٩ .

(٢٢) كانتيلوب : المرجع السابق ص ٣٩ ، ش . ل . بوليو : الهامش السابق .

أو أنشاء شبكات للصرف الصحى [٢٣] ، أو توفر له سبيل راحتــه ، كأرصفة محطات السكك الحديدية ، والأنفاق يختصر بها المسافات تحت سطح الأرض [٢٤]. أو تيسر له سبيل الترفية وشغل أوقات فراغه كالساحات والملاعب الرياضية [٢٥] وأحواض السباحة والابراج [٢٦] إلى غير ذلــك .

بند ثالث : تحديد ما يدخل فى نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة من المنشآت الثابتة الأخرى طبقا لهــذا التعريــف :

متى توافر فى الشىء هذا التعريف بقيوده وأوصافة ، كــان منشأ ثابتا غير المبنى ، مما تنطبق عليه قواعد وأحكــام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، ولايهــم بعد ذلك ، الغرض الذى أنشىء من أجله ، سواء كان بهدف عبــور نهر أو مرور سيارات أو تخزين مياه ، أو تسهيل اتصال ، أو حل مشكلة مواصلات أو تجاوز أزمة مرور . إلى غير ذلك من الأغــراض الكثيرة للإنسان والتى لاتكاد تقع تحت حصر ، والتى يقام مــن أجلها العديد من المنشآت الثابتة الأخرى غير المبانى للوفــاء بهــا .

---

(٢٣) بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥٠ ص ١٩٣ ، نقض مدنــى فرنسى فى ٢٨ من يونية ١٩٠٩ ، دالوز ١٩١٠ - ١ - ٢٣ ، سيريه ١٩١٥ - ١ - ١٣ ، س مونبلييه : فى ٢ من نوفمبر ١٩٤٩ ج.ك ب : ١٩٥ - ٢ - ص ٤٣ .

(٢٤) السنهورى : الموضع المشار إليه فى هامش ١٨ : أعلاه ، العطار المرجع الســابق . ص ١٢٣ .

(٢٥) مجلس الدولة الفرنسى فى ٧ من إبريل ١٩٦٧ ج.ك.ب. ١٩٦٧ - ٢ ١٥١٠٣ تعليق ليت - فو ، الوقائع القانونية للملكيـــة العقاريـــة ١٩٦٧ ص ٦٨٣ تعليق كاســتون .

(٢٦) ليت - فو - فى تقرير مقدم للمؤتمر المنعقد فى جرينوبــل فى المدة من ١٧ - ١٨ من يناير ١٩٦٩ جازيت دى باليــه ١٩٦٩ - ١ - ص ١٥ .

كذلك - كما قلنا بالنسبة للبناء - لاتهم المادة التى صنع أو أقيم منها المنشأ الثابت . فقد تكون حديدا او خشبا أو "خرسانة" مسلحة ، أو حجرا أو طوبا اورملا او حصى أو تارا . او خليطا من كل اومن بعض هذا وذاك إلى غير ذلك من المواد التى يمكن ان تدخل فى إقامة أو صنع المنشآت الثابتة طبقا لظروف الزمان والمكان والغرض الذى تنشأ من أجله .

وأيضا لايهم نوع الدور الذى يقوم به المعمارى فى إقامة المنشأ الثابت ، فقد يتولاه تصميما وإنشاء وتركيبا ، وقد يتولاه تصميما وإنشاء فقط . أو تصميما وتركيبا فقط ، أوإنشاء وتركيبا فقط ، أو فى عمل واحد من الثلاثة فقط ، كل ذلك بحسب شروط وأوضاع الاتفاق المبرم من أطراف العقد .

بند رابع : أحكام هذه المسئولية والمنشآت التى لايتوافر لها عنصر الارتفاع فوق سطح الأرض :

كل هذه الأمور لم نلمس فيها خلافا لا فى الفقه ، ولافى القضاء، كذلك ، فالإجماع منعقد على أن المنشآت الثابتة الأخرى غير البناء التى تقام فوق سطح الأرض تخضع - بصريح النصوص - لأحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء .

لكن خلافا فى الرأى قد ثار حول مدى سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة على بعض الأعمال التى لايتوافر فيها عنصر القيام أى الارتفاع على سطح الأرض ، ومثل لها بحفر الآبار ، وشق الترع والقنوات والمصارف ورصف الطرق ، ويمكن أن ينضاف اليها - استنادا إلى هذا المعيار - العديد من الأعمال الأخرى والتى يمكننا تصنيفها جميعا إلى ثلاثة أنواع .

أولا : أعمال تقام فى باطن الأرض : مثال ذلك ، الأنفاق أو الممرات، ومحطات السكك الحديدية ، وخطوط المترو أو الترام التى تنشأ بالكامل فى باطن الأرض كما هو الحال فى كثير من البلاد المتقدمة ، والمخابىء والآبار المغطاة ، وشبكات الصرف الصحى ، أو أحواض تخزينه فى المدن والقرى، وقنوات

الري والصرف المغطاة فى الأرض الزراعية ، ومخازن الأسلحة والذخيرة والمركبات المختلفة ومخازن البترول بمشتقاته المختلفة ، ومثالها الملموس محطات البنزين والغاز والسولار التى تقام لتموين السيارات والمركبات على اختلاف أشكالها وأنواعها والتى لايكاد يخلو منها شارع فى مدينة ، أو مسافة معينة على طريق إقليمى أو دولى . إلى غير ذلك من موجود تقصر عنه معرفتنا المحدودة ، ومما سيوجد فى المستقبل القريب أو البعيد .

ثانيا : أما الصنف الثانى من هذه الأعمال ، فهى تلك التى تقام فى مستوى أقل من مستوى سطح الأرض . مثال ذلك ، حفر الآبار المكشوفة ، وشق القنوات والترع والمصارف وحمامات السباحة ، وأحواض النباتات أو الطيور المائية . والخنادق إلى غير ذلك .

ثالثا : أما الصنف الثالث والأخير من هذه الأعمال ، فهى المنشآت التى تكون فى مستوى سطح الارض . كرصف الشوارع ، وتعبيد الطرق وإنشاء السكك الحديدية ، والمطارات المختلفة بما فيها من أماكن إقلاع وهبوط الطائرات ، وإنشاء الساحات والملاعب الرياضية ، كساحات التزحلق وملاعب التنس . إلى آخر ذلك .

١ - اتجاهات ثلاثة :

نقول : هذه الأعمال فى مجموعها اختلف الرأى حول إخضاعها لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، إلى وجهات نظر ثلاث ما بين مؤيد ومعارض ، ومتوسط فى الأمر ، نعرضها جميعا ثم نعقب على كل ذلك برأينا فى المسألة .

أولا : الرأى المعارض : هذا الرأى يذهب إلى إخراج هذه الأعمال من نطاق سريان أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، ليكون الحكم فيما يتعلق بها إلى القواعد العامة فى المسئولية ، عقدية كانت أم تقصيرية على حسب الأحوال [٢٧].

وحجة هذا الرأى أن نص المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى يتكلم عن تشييد المبانى ، وإقامة المنشآت الثابتة الاخرى ، ولايمكن - فى نظره - اعتبار هذه الأعمال [٢٨]، من قبيل تشييد المبانى ، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى .

ويرجح هذا الرأى أيضا الأستاذ الدكتور نزيه محمد الصادق المهدى (فى دراسته الانتقادية لنطاق التأمين الإجبارى من هذه المسئولية) استنادا إلى حجة أخرى مستوحاة من قانون التأمين الإجبارى ، مفادها "أن هذا القانون قد قصر مسئولية المهندس المعمارى والمقاول على الأضرار التى تلحق بالغير ، الأمر الذى يفترض معه وجود بناء مقام فوق الأرض ، بحيث يلحق تهدمه الكلى أو الجزئى ضررا بالغير [٢٩] .

---

(٢٧) شنب : المرجع السابق . بند ١٠٧ ص ١٢٦ ، ويشير سيادته إلى س مختلط فى ٢٨ من مارس سنه ١٩٠١ بيلتان م١٣ ص ٢٢١ .

(٢٨) وهى كما ذكرها سيادته فى الفقرة الثانية من ص ١٢٦ من مؤلفه بالف الإشارة " حفر الآبار ، وشق القنوات والترع والمصارف ورصف الطرق ".

(٢٩) نزيه المهدى : المرجع السابق ص ١٥ هامش ١٢ بها . ويشير سيادته إلى نقض فرنسى (الدائرة ٣ مدنى) فى ٩ من أكتوبر ١٩٧٣ بيلتان ١٩٧٣ - ٣ رقم ٥١٢ ص ٣٧٤ ، دالوز ١٩٧٣ الموجز ص ١٥٨ . وقرب من هذا الرأى أيضا كاريلا : المرجع السابق. فصل ٤ ص ٢٢ ويشير إلى نقض ف (الدائرة ٣ مدنى) فى ٨ من إبريل ١٩٧٠ سابق الإشارة ، س باريس (الدائرة ٢٣) فى ٢٨ من أكتوبر ١٩٧٥ (غير منشور).

ثانيا : الرأى المؤيد : أما أصحاب الرأى الثانى وهم الغالبية العظمى من الفقه [٣٠] وهو ما نميل إليه - فيرون سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة على هذه الأعمال شأنها شأن الأعمال التى تشيد فوق سطح الأرض ، ويردون على الحجة الأولى التى قال بها أصحاب الرأى السابق ، بأن " هذه الأعمال وإن كانت ليست بمبان [٣١] ، إلا أنه يمكن اعتبارها منشآت ثابتة ، ولايتحتم فى المنشآت الثابتة [٣٢] أن تكون فوق سطح الأرض بل يمكن أن تكون تحتها أو فى مستواها [٣٣] ، "كما وأن النص لم يشترط فى المنشآت الثابتة أن تكون

---

(٣٠) محمد كامل مرسى : المرجع السابق ، بند ٥٩٦ ص ٤٩٩ فى آخر الفقرة . توفيق حسن فرج . مذكراته ص ٥٠ فى آخرها . السنهورى الوسيط ج٧ بند ٦١ ص ١٠٨ ، مصطفى أبو علم : المقال السابق ص ٢٧ ، ياقوت : المرجع السابق : بند ٣٤ ص ٨٩، وما بعدها ، هامش ١٨٧ بها ، شكرى سرور : المرجع السابق بند ١٩٠ ، ١٩١ ص ٢١٥ - ٢١٨ ، محمد حسين منصور : المرجع السابق ص ٧١ ، ٧٢ .

وانظر من القضاء المصرى : س مختلط فى ٢٠ من إبريل ١٩١٠ م٢٢ ص ٢٧١ فيما يتعلق برصف ساحة للتزحلق نقض مدنى فى ٨ من ديسمبر ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض س ١٧ ص ١٨٣٠ رقم ١٦٤، نقض مدنى فى ٢١ من مايو سنة ١٩٧٥ . ذات المجموعة س ٢٦، ص ١٠٤٨ ق ١٩٩ الحكمان بمناسبة احواض للسباحة وملاعب رياضية .

وانظر من الفقه والقضاء الفرنسيين على سبيل المثال : المراجع والأحكام القضائية المشار إليها بالهوامش من ١٨-٢٦ - عدا هامش ٢٤ منها - ص ٦٨٣ وما بعدها فيما سبق .

(٣١) وفى تقديرنا ليس هناك ما يمنع من أن تكون مبان على نحو ما أوردنا من أمثلة لهذه الأعمال انظر ص ٦٨٥ ومابعدها فيما سبق .

(٣٢) وعندنا ولا حتى فى المبانى .

(٣٣) السنهورى : الوسيط : ج ٧ بند ٦١ ص ١٠٨ .

فوق سطح الأرض [٣٤]" ويذهب قول فى هذا الرأى أيضا إلى أن الحجة المستمدة من قانون التأمين الإجبارى من مسئولية المهندسين والمقاولين فى مجال أعمال البناء " تتضمن مصادرة على المطلوب ، إذ أن المطلوب هنا ليس هو تبرير موقف المشرع المصرى فى قانون التأمين الإجبارى من هذه المسئولية ، بل هو معرفة ، هل تخضع مسئولية المهندس المعمارى والمقاول عن الأعمال المتعلقة بهذا النوع بالذات من المنشآت الثابتة العقارية للقواعد الخاصة محل البحث " ويرى صاحب هذا القول " أن حماية رب العمل فى عقد المقاولة المتعلق بهذه الأعمال العقارية يقتض عدم قبول هذه الوجهة من النظر "[٣٥].

ثالثا : أما الرأى الثالث الذى يتوسط الأمر [٣٦] ، فيصنف هذه الأعمال إلى صنفين :

أولهما : "الأبنية التى يمكن تشييدها ، والمنشآت التى تقام تحت سطح الأرض كمبانى محطات السكك الحديدية الموجودة فى كثير من البلاد الأوربية ، ومبانى الملاجئ وكذلك المنشآت الثابتة الأخرى ، كالبناء الذى يحيط بجدران الأنفاق ، وصب الأحواض ومخازن مياه الصرف . فهذه الأعمال جميعها ، يمكن أن تتحقق مسئولية المقاول أو المهندس

---

(٣٤) العطار : المرجع السابق . هامش ١ ص ١٢٤ .

(٣٥) ياقوت المرجع السابق . هامش ١٨٧ ص ٨٩ وما بعدها .

(٣٦) الدورى : رسالته السابقة من ص ١٦٤ الى ص ١٦٦ ، وهو وأن كان يتفق مع الرأى الأول على عدم خضوع أعمال حفر الآبار أو شق الترع والمصارف والقنوات أو رصف الطرق لأحكام هذه المسئولية الخاصة باعتبار أن هذه الأعمال لاتعتبر من المنشآت الثابتة الأخرى ، إلا أنه يتخذ للتفرقة معيارا آخر ، ويورد تصنيفا جديدا جعلنا نناقشه كرأى مستقل .

عن الخلل الذى يصيبها أو العيوب التى تظهر فيها بعد إنجازها وتسلمها من رب العمل ".

أما الصنف الثانى والأخير : "ويقصد به حفر الآبار وشق الترع والمصارف والقنوات ورصف الطرق "و يحكى الخلاف فى الرأى حول هذه الأعمال فقط كما سبق أن أوردناه فى الرأيين السابقين ، ويقرر أنه " لايمكن التسليم بأى من هذين الرأيين على إطلاقه " ويرى " أن الأمر يقتضى بيان العمل الذى يباشره المقاول أو المهندس ، وهل يدخل فيه بناء وحفر وتطعيم خشب أو حصير أو صفيح أو حديد ، أم أنه عمل يقتصر على الحفر فقط .

فإذا كان العمل من النوع الأول ، وجب إخضاع المقاول أو المهندس للمساءلة عن الخلل الذى يصيبها ، أو العيوب التى تظهر فيها بعد أن تنجز وتسلم إلى رب العمل " وحجته فى ذلك " أن الحكمة من تقرير هذه المسئولية متوافرة فيها، نظرا لأهمية هذه الأعمال التى تتطلب خبرة وفنا غالبا ما يفتقر إليها رب العمل ، مما يجعله جديرا بحماية القانون ".

أما إذا كان العمل يتقصر على الحفر فقط "كحفر بئر أو شق ترعة أو مصرف فيتعذر اعتباره من جملة المنشآت الثابتة التى تكون محلا لمساءلة المقاول والمهندس عما يصيبها من خلل أو عيب بعد الإنجاز والتسليم لانتفاء الحكمة من ترتيب هذه المسئولية ".

هذا هو مجمل الآراء الثلاثة فى المسألة محل الخلاف، أوردناها لننتقل بعد ذلك - ومن خلال مناقشتها - إلى إبداء وجهة نظرنا فى المسألة .

٢ - مناقشة هذه الآراء وبيان وجهة نظرنا في المسألة :

أما عن وجهة نظرنا في المسألة المعروفة على بساط البحث، فلا يمكننا أن نسلم بما يقول به الرأيان الأول والثالث، ويمكننا مناقشتهما على الوجه التالي :

أما عن الرأى الأول : فإذا كان قد قرر أن هذه الأعمال التي أوردها ليست ببناء ، فهذا ما لا تثريب عليه فيه (٣٧)، أما نفيه عن أن تكون منشآت ثابتة أخرى غير البناء بحجة أنها لايتوافر فيها معنى الإقامة بما يتضمنه من علو وارتفاع فوق سطح الأرض ، فهذا ما لانسلم به . لأن الفعل "أقام" كما يدل على معنى العلو والارتفاع ، فمن مدلولاته أيضا القيام والوجود، فأقام الشيء بمعنى أوجده ثابتا في موضعه (٣٨). وعلى هذا المعنى تحمل عبارة " أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى" بمعنى: "أو أوجدوه من منشآت ثابتة أخرى". والإيجاد كما يمكن أن يكون أعلى من سطح الأرض ، يمكن أيضا أن يكون في مستواها ، أو ممتدا في باطنها (٣٩) ، وما ورد عاما بقى على مقتضى عموم معانيه

---

(٣٧) وإن كنا قد اوضحنا قبل ذلك بمناسبة المباني أنه لايهم في سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة عليها كونها مقامة تحت سطح الأرض ، وأوردنا عديدا من الأمثلة على ذلك فنحيل إليها في ص٦٦٢ وما بعدها فيما سبق .

(٣٨) انظر القاموس المحيط : حـ ٤ ص ١٧٠ "باب الميم فصل الثاني:

(٣٩) وإلا فما القول في الأساسات التي يقام عليها البناء، أو المنشآت الثابت الآخر المقام فوق سطح الأرض ، والتي قد تمتد أحيانا في باطن الأرض إلى ما يزيد على عشرة أمتار، افلا تخضع هذه الأساسات لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، بحجة وجودها في باطن الأرض ، إذا كان مجرد الوجود هذا فوق أو تحت سطح الأرض ـ هو فيصل الامر .

إذا لم يرد ما يخصه بواحد منها أو أكثر .

أما ما افترضته الحجة الثانية المستندة إلى قانون التأمين الإجبارى من هذه المسئولية من ضرورة وجود بناء مقام فوق الأرض ، بحيث يلحق تهدمه الكلى أو الجزئى ضررا بالغير فهو - فى تقديرنا - ليس بسديد ، ذلك أن الضرر يلحق بالغير من جراء التهدم الكلى أو الجزئى الحادث بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر أنّى كان مكان هذا أوذاك ، فوق سطح الأرض ، أم فى باطنها . بل إن الضرر الذى يحدث من تهدم منشأ ثابت فى باطن الأرض ، قد يكون أكثر تحققا لقلة فرص النجاة منه ، وقد يكون أيضا أبلغ أثرا ولوحتى على الجانب النفسى فى الإنسان .

أما استناد أستاذنا الدكتور نزيه المهدى (٤٠) إلى حكم النقض الفرنسى (الدائرة ٣ مدنى الصادر فى ٩ من أكتوبر ١٩٧٣ ، سالف الذكر ، فهو - فى تقديرنا - استناد غير منتج لثمرته المرجوة ، ونكتفى بالرد عليه بما جاء فى الهامش رقم ١٨٧ ص ٨٩ وما بعدها من مؤلف " مسئولية المعماريين " للأستاذ الدكتور محمد ناجى ياقوت ، فنحيل عليه .

أما ما استند إليه صاحب الرأى الثالث (٤١) ، من معيار أهمية الأعمال ومدى تطلب القيام بها من خبرة وفن (٤٢) ، للقول بإبعاد هذه الأعمال عن نطاق سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة . فمع تسليمنا بصلاحية هذا المعيار فيصلا ، إلا أننا نتساءل عن الأساس الذى استند إليه صاحب هذا الرأى ، للقول بعدم - أو على الأقل بقلة - أهمية هذه الأعمال ، وماعلى شاكلتها ،

---

(٤٠) انظر فيما سبق هامش ٢٩ ص ٦٨٧ .

(٤١) انظر فيما سبق هامش ٣٦ ص ٦٨٩ .

(٤٢) وهو معيار يختلف - بطبيعة الحال - عن معيار الفوقية أو التحتية بالنسبة لسطح الأرض ، الذى ارتضاه الفريق الأول

وعدم حاجتها إلى خبرة وفن عاليين يفتقر إليهما رب العمل، فهل هذا القول سديد من الناحية الفنية ؟! ما أخاله كذلك .
وإلا فما كانت بالدول حاجة إلى العمل على توفير المتخصصين في شق الترع والمصارف ورصف الشوارع وتعبيد الطرق ، من مهندسين وفنيين ، فإن الأمر في حقيقته ليس مجرد حفر، أو وضع طبقة من الحصى والرمل أو الحجر تعلوها طبقة أو طبقات من القار ، ولكن الأمر يحتاج إلى دراسة فنية لطبيعة التربة ذاتها التي يتم فيها الحفر أو ينشأ فيها الطريق ، بواسطة أخذ العينات منها وفحصها في المعامل " جيولوجيا " لمعرفة مدى تقبلها لهذا العمل المزمع أداؤه .

هذا من الناحية الفنية ، أما من الناحية الاقتصادية ، فالحقيقة أن أهمية هذه الأعمال للاقتصاد الوطني ، لايمكن أن ينكرها ناكر، أو يجحدها جاحد ، بل هي كشمس الضحى ، تقف العين عاجزة عن النظر إليها لسطاعة ضوئها .

وما هي من الناحية الأمنية بأفقر أهمية منها من الناحية الفنية والاقتصادية ، ويكفي أن نتصور انخساف طريق مرصوف ، أو انهيار جسر معبد على حافة ترعة أو مصرف ، لنعرف مدى ما يتهدد السلامة العامة للمواطنين من أخطار ، كان أمر توقيها أحد دوافع المشرع إلى تقرير أحكام هذه المسئولية الخاصة .

هذا بالإضافة إلى أن التعريف الذي قلنا به للمنشآت الثابتة الأخرى غير البناء ، في بداية هذا البحث ينطبق بقيوده وأوصافه على هذه المنشآت ، من حيث إنها أعمال أو جدتها يد الإنسان ، ثابتة في حيزها من الأرض متصلة بها اتصال قرار،تيسر على الإنسان سبيل انتقاله أو سبيل معاشه (٤٣).

---

(٤٣) انظر، فيما سبق، ص ٦٨٠ وما بعدها .

نخلص من هذه المناقشة ، إلى أننا نتفق تماما مع الغالبية الساحقة من الفقه المصري والفرنسي [٤٤]. والتي ترى إخضاع جميع المنشآت الثابتة الأخرى - إلى جانب البناء بطبيعة الحال - لأحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول ، سواء منها ما قام على وجه الأرض مرتفعا ، أو ما استقر عليه دون ارتفاع ، أو ما اختبأ في باطنها مما ذاع وانتشر في عصرنا الحاضر [٤٥]، حتى صرنا نبصر الآن مدنا بأكملها تحت سطح الأرض بكل ما فيها من حياة وحيوية .

أما عن بناء السفن ، فنحن مع الإجماع الفقهي والقضائي الذي لايرى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة على تهدمها أو تعيبها ، لأنها لاتعتبر منشأ ثابتا ، لامن قبيل المباني ولا من قبيل المنشآت الثابتة الأخرى [٤٦]. لعدم توافر عنصر الثبات والاستقرار والاتصال بالأرض اتصال قرار ، اللازم للقول بوجود بناء أو منشأ ثابت آخر ، وعلى ذلك فهي لاتعتبر من قبيل العقار ، لابالطبع ولا بالتخصيص مثلها في ذلك تماما ، مثل الدهبيات والعوامات [٤٧]. والضمان العشري هذا ، متعلق بالتهدم الكلي أو الجزئي الذي يحدث في المنشآت العقارية أو العيب الذي يتهدد متانتها وسلامتها أو يجعلها غير صالحة للهدف الذي شيدت من أجله .

---

(٤٤) انظر فيما سبق هامش ٣٠ ص ٦٨٨ .

(٤٥) انظر ما سبق أن صنفناه من هذه الأعمال ص ٦٨٥ وما بعدها .

(٤٦) شنب : المرجع السابق ، ص ١٢٦ .

(٤٧) السنهوري : المرجع السابق . بند ٦١ ص ١٠٨ ، الدوري رسالته السابقة ص ١٥٨ .

الفـــرع الثانـــى

الأضرار التى يشكل تحققها سبب تطبيق أحكام المسئولية الخاصة

تقسيم :

هذه الأضرار تارة ما تكون تهدما يحدث فى البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر وتارة أخرى ، تتمثل فى عيب يلحق بالعقار ، يترتب على وجوده به تهديد متانته وسلامته ، أو جعله غير صالح للهدف الذى أنشىء من أجله .

وعلى ذلك ، نفضل معالجة هذا الفرع فى مطلبين مستقلين ، نخصص الأول منهما لما يحدث فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر من تهدم ، كليا كان هذا التهدم أم جزئيا ، بينما نجعل الثانى لبيان العيب الموجب لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة وشروطه .

المطلب الأول : التهدم الذى يحدث فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر .

المطلب الثانى: العيب الموجب لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة وشروطه .

المطلـــب الأول

التهدم الذى يحدث فى المبنى أو المنشأ الثابت الآخر

نبذه أولى : اختلاف الصياغة بين كل من التشريعين المصرى، والفرنسى :

وضوح نص القانون المصرى عن نص القانون الفرنسى فىدلالته على المقصود :

تقضى الفقـرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى مصرى بأن" يضمن المهندس المعمارى والمقاول .... ما يحدث .... من تهدم كلى أو جزئى ، فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى"

بينما تقضى المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى فى صياغتها الأولـــى ١٨٠٤ بانه " .. Si l'édifice... périt en tout ou en partie

وهكذا يتضح من مطالعة النصين وضوح النص المصرى وصراحتـه باستعماله مباشرة للفظ " تهدم " فالمشرع المصرى قد عمد إلـى الدلالة على المعنى الخاص الذى يقصده باستعمال لفظ خاص بهـذا المعنى ، جامع لكل مفرداته ، مانع من دخول غيره معه . فى حين أن النص الفرنسى استعمل الفعل " périr " وهو فعل - على المفهوم الذى ارتضيناه له [١] - وإن كان جامعا للمعنى الـذى أراده المشرع ، إلا أنه ليس بمانع من دخول غيره معه ،ذلك أنه كما يفيد التهدم ، فهو أيضا يفيد مجرد التلف ، وإن لم يصل إلى درجـة التهدم الفعلى [٢]

١- راجع فيما سبق هامش ٢ ص ٤٥٢ هامش ٢ ص ٦٤٦.

٢- انظر فى ذلك : " المعجم العملى للمصطلحات القانونيـة والتجارية والمالية (فرنسى - عربى) " يوسف شـلالـه ص ٩١٤ فعل " périr " وانظر ذات الفعل فى " المنهل قاموس فرنسى - عربى " د . جبور عبد النور و د. سهيل إدريس ط ٢ ، ١٩٧٢ ص ٧٥٩ ، وقاموس روبير فى اللغة الفرنسية ،سابق الاشارة ص ١٤٠٤ عمود (٢) .

والمشرع الفرنسي باستعماله للفعل " périr " بالذات ، ودون غيره مما يتبادر إلى الذهن معنى التهدم فقط عند ذكره مثل " Demolir crouler, écrouler" إنما قصد بذلك أن يوسع من نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ، بألا يتطلب لهذا التطبيق ضرورة التهدم الفعلي ، الكلي أوالجزئي ، وإنما يكفي له مجرد تلف البناء - وإن لم يصل إلى التهدم الفعلي - بأن يصير مهددا في متانته وسلامته ، أو يصبح غير صالح لما أنشيء من أجله من هدف . (٣)

نبذه ثانية : تعريف التهدم وأسبابه :

الهدم لغة هو " نقض البناء " (٤) بمعنى انحلال الرابطة التي تربط بين أجزائه (٥) أي حدوث انفصال بين تلك الأجزاء بعضها عن بعض (٦) ولا يهم في انحلال هذه الرابطة وانفصالها أن يكون بسبب عيب في عملية التشييد والبناء ذاتها ، كعدم مراعاة أحكام ربط أجزاء البناء ومكوناته بعضها ببعض سواء كان ذلك الربط طوليا أو عرضيا ، أو عدم إحكام ربط" أسياخ التسليح " بعضها ببعض ،فيترتب على ذلك ان تكون أجزاء البناء غير مترابطة مما يجعلها غير قادرة على حمل بعضها البعض ، ومن باب أولى حمل غيرها (٧)

٣- سان موريس : المرجع السابق،ص ١١٤ وما بعدها، فلام ولوبإف : المرجع السابق، بند ٦١٣ وما بعده ص ٣٤٤ وما بعدها ،ليت/فو jur. Class Civ. المواد ١٧٨٨- ١٧٩٤ ملزمة (١) فصل (٣) بند ١٧٠ وما بعده . فوسيرو : المقال السابق ص٢٠، ٢١ ، شكري سرور : المرجع السابق ، بند ١٩٤ ص ٢٢١ وانظر من القضاء الفرنسي والبلجيكي على سبيل المثال : نقض مدني فرنسي في ١٩٤٦/١٠/٢٢ . J.C.P ١٩٤٧-٢-٣٤٨٢ تعليق رودبير . C.P ١٩٤٧ ص ١٨ ، .R.T.D.C ١٩٤٧ ص ٦٧ تعليق كاربونييه . جاند في ١٣ يونيو ١٩٥٩ .R.W ١٩٦٠-١٩٦١ ص ٣٩١ بروكسل في ٢٤ من فبراير ١٩٦١ . Pas ١٩٦٢-٢- ص ١٩٣ .

٤- القاموس المحيط : للفيروز أبادى . سابق . ح ٤ ص ١٩٠

٥- شنب : المرجع السابق . بند ١٠٨ ص ١٢٦

٦- الدوري : رسالته السابقة ص ١٨٠

٧- نقض جنائي مصري في ٦ من يونية ١٩٦٦ مج أحكام النقض الجنائي س ١٧ ص ٧٣٧ مشار إليه في / محمد حسين منصور ص ٧٥ هامش ٩٦ .بشأن شرفة (بلكونة) انفصلت من الحائط لضعف رباطها به

كذلك قد يكون العيب فى عملية التشييد والبناء راجعا إلى عدم مراعاة الترتيب الزمنى بين العمليات المختلفة المكونة للبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، بحيث لم تاخذ كل عملية من هذه العمليات حظها الكافى من الوقت كى يتم جفافها وتكتمل صلابتها ، ويقوى تماسكها ، حتى تكون قادرة على حمل المراحل التالية عليها [(٧) مكرر]

وقد لا يكون سبب انحلال هذه الرابطة وانفصالها هو عيب فى عملية التشييد والبناء ذاتها ، وإنما يرجع ذلك إلى عيب فى المواد نفسها ، المستعملة فى هذه العملية كأن تكون تالفة نتيجة رطوبة أو تبلل لحقها أو معاداة استعمالها ، فتذهب بذلك خاصية التماسك بين جزئياتها ، أو تكون من صنف ردئ ، لا يصلح لتأدية الغرض المقصود منها من شد أجزاء البناء بعضها إلى بعض ، وإحكام ربطها وتماسكها .[(٨)]

وكما أنه لا يهم فى انحلال هذه الرابطة ، أن يكون بسبب عيب فى عملية التشييد والبناء ذاتها ، او بسبب عيب فى المواد نفسها المستعملة فى هذه العملية ، فكذلك الحال ، إذا ما كان هذا الانحلال فى الرابطة ، التى تربط بين أجزاء البناء ومكوناته ناتجا عن عيب فى الأرض ذاتها ، المقام عليها البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، بأن تكون غير صالحة كليا أو جزئيا - بسبب طبيعتها التكوينية أو لأى سبب آخر - للبناء

---

٧ مكرر - س ليون فى ٦ من يونيو ١٨٧٤ مذكور فى هامونيا، : المرجع السابق بند ٦٠٤ ص ٤٨؛

٨- بلانيول وريبير ، ورواست : سابق ج ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤ . محمد حسين منصور : المرجع السابق ص ٧٥ ، وانظر من القضاء الفرنسى : بو فى ٢٩ من يوليو ١٨٧٩ سيرى ١٨٧٩-٢ ص ٣١٣ ، ليون فى ٢٦ من مايو ١٨٨٣ د ١٨٨٤-٢ ص ١٣٢ ، ليوج المدنية الجزئية فى ٨ من نوفمبر ١٨٩٩ د ١٩٠٠-٢ ص ٢٨٥ .

(٩)
عليها ،أو إقامة منشآت أخرى ، شريطة أن يكون عيب الأرض هذا مما يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن . أما إذا استحال كشف عيب الأرض ، وفقا لهذه القواعد ، فإن ذلك يكون من قبيل القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولا عنه . (١٠)

هذا ولقد حرص كل من المشرعين ،المصرى والفرنسى ، على الإفصاح عن قصدهما فى سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة حتى ولو كان التهدم الكلى أوالجزئى الذى حدث فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، راجعا فى أساسه إلى عيب فى الأرض ذاتها ، وذلك بالنص الصريح على ذلك فى كل من المادتين ٦٢١ مدنى مصرى، ١٧٩٢ مدنى فرنسى ، إذ تقضى كل منهما بأن الضمان يكون مقتضى ولو كان التهدم راجعا فى سببه إلى عيب الأرض ذاتها . (١١)

كذلك قد يكون سبب التهدم - كليا كان أم جزئيا - عيبا فى التصميم ذاته ، لعدم مراعاة الأصول الفنية فى وضعه ،طبقا لأصول الهندسة المعمارية ،وفى هذه الحالة ، يكون المهندس المعمارى الذى قام بوضع هذا التصميم المعيب ، والذى ترتب عليه حدوث هذا التهدم الكلى أوالجزئى بالعقار ،مسئولا - دون المقاول - أمام رب العمل ، عن هذا التهدم (م ٦٥٢مدنى مصرى) إلا إذا كان الخطأ فى التصميم ، مما يمكن للمقاول المجرب كشفه ، ولم ينبه إليه أيا من المهندس المعمارى أو رب العمل

٩- بلانيول وربيير ورواست :ح١١ بند ٩٥١ . ريموند نيجر: رسالته السابقه بند ٤٤ص٧٩ ،سان موريس : رسالته السابقص١١٦ ، وما بعدها توفيق حسن فرج مذكراته ،ص ٤٩ شكرى سرور: المرجع السابق بند ٩٥ اص٢١، ٢٢ وانظر من القضاء الفرنسى : نقض مدنى فى ٦ من فبراير ١٨٨٨ د . ١٨٨٨ - ١ ص ٢٠١ ، عرائض فى ٥ من ديسمبر ١٩٠٤ د . ١٩٠٩ - ١ ص ٤٨ مجلس الدولة الفرنسى ،فى ١٩ من مايو ١٨٩٩ د . ١٩٠٠ - ٣ ص ٩٣ ، هذا القضاء مشار إليه فى بلانيول ، وربيير ذات الموضع هامش ٦ وانظر من القضاء المصرى . نقض مدنى فى ١٠ من يونية ١٩٦٥ فى الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٣ ق مج أحكام النقض س ١٦ ص ٧٣٦ مذكور أيضا فى شكرى سرور ،الموضع السابق هامش ١٠٩ .

١٠- انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ص ٢٣ (تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب) حيث استفسرت اللجنة عن حكم العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها ، إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن ، فأجيبت بما جاء بالمتن عاليه . وانظر أيضا مصطفى أبو علم : مقاله السابق ص ٢٨ عنبر: المرجع السابق بند ١٥١ ص ١٧٥ هامش ٣٧١ .

١١- م ٦٥١ مدنى مصرى " .. ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها ....
=

مما يجعله مسئولا بالضمان فى مواجهة رب العمل ،إلى جانب ذلك المهندس .(١٢)

ولكن إذا كان ليس ثمة خلاف قد ثار بالنسبة لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة عندما يكون التهدم - كليا كان أمجزئيا - ناشئا عن أسباب مادية على النحو الذى بينا حالا ،فإن الخلاف قد ثار بالنسبة لهذا التطبيق - لاسيما فى الفقه الفرنسى - عندما يكون التهدم معزوا إلى عيب قانونى شاب عملية التشييد والبناء .(١٣)

فبينما يذهب الفقه الغالب - اتساقا مع قصد المشرع من تقريره لأحكام هذه المسئولية - إلى ضرورة تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة فى هذه الحالة ،حيث لا يرى هذا الغالب من الفقه وجها للتفرقة بين عيب مادى وعيب قانونى ، طالما كانت النتيجة التى أفضى إليها كل من العيبين واحدة ، وهى حدوث التهدم الكلى أو الجزئى بالعقار ،فهذه النتيجة بذاتها كافية لتبرير تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة طالما لم يستطع المعمارى ، مهندسا كان أم مقاولا ، إثبات قيام السبب الأجنبى الذى أدى إلى قيام هذا العيب أو ذاك فى العقار الذى تم تشييده .(١٤)

إلا أن جانبا آخر من الفقه الفرنسى يذهب - على العكس من

Art. I792 C.C." .. même par le vice du sol ---"

١٢- السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٢ ص ١١٣ ، بند ٦٦ من ص ١١٧ ص ١٢٠ ، رنيجر . رسالته ، بند ٣٣ ما بعده ص ٦٩ ومابعدها سان موريس / رسالته ص ١١٨ وما بعدها ،بلانيول وريبير ورواست ج ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤ ،١٩٥ والقضاء المشار إليه فى هامش بها .

١٣- كأن تكون هذه العملية قد تمت بالتعدى على أرض الغير ،أو بالمخالفة لخط التنظيم أو بتجاوز الارتفاع المسموح به قانونا ، لاسيما فى الأماكن القريبة من المطارات ،أوبإهدار حق ارتفاق مقرر قانونا أو إتفاقا على الأرض التى أقيم عليها البناء أو شيد المنشأ الثابت الآخر .

١٤- الفقه المصرى فى مجموعه على هذا الرأى ،انظر من ذلك على سبيل المثال : محمد كامل مرسى : المرجع السابق بند ٥٩٧ ص ٤٩٩ ،السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٦ ص ١١٩ الدورى :رسالته المذكوره ص ١٨٣ - ١٨٤ ومن أنصار هذا الرأى من الفقه

ذلك تمسكا بحرفية النص - إلى عدم تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، فى حالة العيب القانونى ،ولو جر هذا العيب إلى التهدم الكلى أو الجزئى للعقار المشيد[١٥] . ذلك أن المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى لم تنص إلا على حالة حدوث التهدم الكلى أو الجزئى بسبب عيب شاب عملية البناء والتشييد أو بسبب عيب قام بالأرض ذاتها ، التى شيد فوقها العقار . أما ماعدا ذلك من عيوب ،فلا تسرى عليها أحكام هذه المادة ، حتى ولو أدت إلى تهدم - أو هدم - العقار المشيد، كليا أو جزئيا .[١٦]

ونحن من جانبنا أميل إلى تأييد الرأى الأول ، لاتفاقه مع روح التشريع واستجابته لقصد المشرع من بسط الحماية القانونية على كل من الصالحين العام والخاص ، متى توافر موجبها ، وقام مقتضاها ، دون كبير اهتمام بالسبب الذى أقضى إلى ضرورة بسطها.

نبذة ثالثة : هل يلزم توافر شروط معينة فى التهدم ؟

هذا عن سبب التهدم ، أو كيفه ،أما عن كمه ، فلم يتطلب أى من التشريعين كما معينا للقول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول ، بل - على العكس من ذلك - صرح كل منهما بأن أحكام هذه المسئولية تكون محلا للتطبيق ، عند

= الفرنسى ،كولان وكابيتان ج٢ ص ٥٧٢ ر. نيجر رسالته بند ٤٧ ص ٨٣ وما بعدها ،بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٢ بريكمونت : المرجع السابق بند ٤٢ ص ٥٠ ،وايضا بند ٦٦ - ص ٦٥ بالنسبة للمقاول ،نوسيرو : المقال السابق ص ٢١ . ومن هذا الاتجاه فى القضاء الفرنسى على سبيل المثال : نقض مدنى فى ٥ من مارس ١٩٤٦ . Gaz . Pal ١٩٤٦- ١ ص ١٩٩ ، د . ١٩٤٦ ص ٢٦٨ سيرية ١٩٤٦ - ١ ص ١٢٠ ،ليموج المدنية الجزئية فى ٢٦ من مايو ١٩١١ La loi ١١ من ديسمبر ١٩١١ نقلا من بلانيول وريبير ذات الموضع هامش ٢٠.

١٥- دى بينانرين De Penanrun : المرجع السابق بند ٤٣٨ وما بعده، هامونيك : المرجع السابق بند ٨١٠ ص ١٨٩ ،مازو (هـ.ل.ج) المطول جـ ٢ بند ١٠٧٠ - ١٠ ص ٩١ والقضاء المشار إليه فى هامش ٢ بها .

١٦- مازو (هـ.ل.ج) : الهامش السابق ،ويشير فى هامش ٣ من نفس الصفحة إلى أنه فى نفس المعنى " مينقبيل " رسالته ،بند ٢٩٢ ص٢٣٣ إلا اننا بالرجوع إلى مينفبيل فى المكان المذكور وجدناه يفصل الأمر بين عيوب مخالفة القوانين واللوائح التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته او هى ما يطلق عليها عيوب البناء والتشييد Vices de la construction وتلك التى لا تتوافر=

حدوث التهدم بالبناء، أو المنشأ الثابت الآخر ، سواء كان هذا التهدم كليا ، بأن تقوض البناء أو المنشأ الثابت عن آخره ، أو في الغالب الأعم منه ، أو كان هذا التهدم جزئيا فقط، بأن كان قاصرا على جزء معين دون غيره من باقي أجزاء البناء، أو المنشأ الثابت الآخر (١٧) كسقوط شرفة (١٨) أو تهدم جدار أو انخساف جزء من أرضية البناء ، ترتب عليه تهدم في الجزء الذي يعلوها منه .

وهكذا لم يشترط أى من التشريعين شروطا معينة ، يجب توافرها في التهدم ، حتى يمكن القول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة . بل إن مجرد حدوث ذلك التهدم - كليا كان أم جزئيا - بأى صفة كانت ، وفي أى شكل تم ، وسواء كان مستندا في أساسه إلى سبب مادي أو قانوني - لكاف بذاته للقول بانعقاد هذه المسئولية على كاهل كل من المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما ، شريطة أن يحدث هذا التهدم الكلي أو الجزئي خلال

= فيها هذه الشروط . والثانية فقط هي التي يخرجها من نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة . مخضعا إياها للقواعد العامة ، وهذه عبارته بعد أن أورد في النصف الأول من الفقرة ٢٩٢ النظريات المختلفة التي قيلت في هذا الخصوص:

"Toutes ces théories doivent étre condamnées: Les fautes contre la loi et réglements sont aussi étrangères à l'art. 1382 parce qu'elles sont contracteulles, qu'aux art. 1792 et 2270 qui visent uniquement les vices de construction propr-ement dits ...."

١٧- راجع النص على ذلك صراحة في كل من المادة ٦٥١ مدني مصري و١٧٩٢ مدني فرنسي هـ٢٠ ص ١٣٣ فيما سبق وانظر أيضا الدوري رسالته، ص ١٨٠ وما بعدها ،شكري سرور : السابق بند ١٩٥ص ٢٢١ ، محمد حسين منصور : السابق ص ٧٥ نقض مدني فرنسي في ١٦ من مايو ١٩٥٣ د . ١٩٥٣ ص ٥١٥ ، س مونسلييه في ٢٧ من مارس ١٩٤١ J.C.P. ١٩٤١ - ٢ - ١٦٩٨.

١٨- نقض جنائي مصري في ١٩٦٦/٦/٦ سابق الإشارة ص ٦٥٥ هامش ٧ بها .

مدة الضمان ، وألا يكون معزوا إلى سبب أجنبى[١٩] بعدم علاقة السببية بين حدوثه وبين خطأ كل منهما

وعلى ذلك يعتبر تهدما موجبا لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول ، انهيار المنزل ، أو سقوط السلم ، أو تصدع الحائط أو السقف أو انفصال الشرفة عن الأبنية ، أو سقوط الجسر أو انكسار الحد ، أو تشقق أرضية الطريق أو انهيار الآبار والمصارف والقنوات التى قام بها المعماريون .[٢٠]

١٩- العطار (عبد الناصر) السابق . بند ٥٢ - ٤/أ ص ١٢٤ ، محمد ابراهيم دسوقى : مذكراته ص ٢٧ ، محمد حسين منصور ، السابق ، ص ٧٤ ، نقض مدنى مصرى فى ٢٣ من يوليو ١٩٧٠ مج أحكام النقض س ٢١ ص ١٠٦٨ .

٢٠- الدورى : رسالته . ص ١٨١ .

المطلب الثانـــــــى

العيوب (١) الموجبة لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة وشـــــــروطها

تمهيد وتقسيم :

لعل أول ما يلاحظ فى هذا الشأن هو اختلاف الصياغة فى كل من التشريعين ، بالنسبة للنص على العيوب الموجبة لتطبيـــــق أحكام المسئولية الخاصة ، فبينما جاء النص عليها صريحـــــا فى التشريع المدنى المصرى ، وذلك بمقتضى الفقرة الثانيـــة من المادة ٦٥١ منه (١)م إلا أن المادة ١٧٩٢ من القانـــــــون المدنى الفرنسى - وهـــى المادة التى اختصها واضعوا هـــــذا القانون فى صياغته الأصليـــة فى سنة ١٨٠٤ بتقرير هذه المسئولية وتنظيم أحكامها - وإن ذكرت لفظ العيب مرتين ، إلا أنها أوردتـــه (٢) كصفة لمتعلق الضمان وهو التلف " " وليس مضمونا فى ذاته

لكن الفقه والقضاء الفرنسيين لم يلبثا - كما ســــــــق

---

(١)م - م ٦٥١ - ٢ / ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته "

١- - انظر تعريف العيب بصفة عامة بأنه "الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع .
(نقض مدنى مصرى فى ٨ من ابريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر د ٥ رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧) وقريب من هذا ما عرفته به محكمة استئناف ليون بأنه " النقيصة التى تشوب الشىء عرضا ،ولا تتواجـــد بالضرورة فى كل شيء من هذا النوع " مذكور فى عقد البيع والمقايضة للأستاذ الدكتور توفيق حسن فرج ط ١٩٧٨ ص ٤٥٥ - هامش ٢ بهـــا . والمقصود بالعيب هنا : الخلل الذى يحـــدث بالمبنى أو المنشأ الثابت الآخر والذى تقضى أصول الصنعـــة وقواعد الفن خلوه منـــه . فى نفس المعنى ياقوت : المرجـــع السابق بند ٣٩ ص ٠٩٧
- ويلاحظ فى هذا الصدد ، عدم الخلط بين العيب بهذا المفهـــوم ، وبين عدم مطابقة العمل للمواصفات المتفق عليها فى العقـــد فقد يكون العقار المشيد خاليا من العيوب لكنه غير مطابـــة لتلك المواصفات ،راجع فى ذلك . ياقوت المرجع السابق هـ ٢٠٧ص
=

أن أشرنا - أن جعلا من العيب ذاته ضمن متعلق الضمان العشرى متى توافرت فيه شروط معينة - سيأتى بيانها بعد قليل - وذلك استنادا إلى عموم مفهوم هذه المادة ، التى استخدمت الفعل " perir " الذى يدخل العيب ضمن عموم مفهومه ، كما يدخل التهدم تماما ، فكلها معان تدخل فى مفهوم " تلف"(٣) " a perit " وهى الصيغة التى استعملها المشرع الفرنسى.

وهكذا تتضح دقة الصياغة المصرية، ودلالتها مباشرة على قصد المشرع المصرى من سريان أحكام هذه المسئولية على العيوب التى تلحق البناء أو المنشآ الثابت الآخر ، حتى ولو كان رب العمل قد أجاز إقامة مثل هذه المنشآت المعيبة (م ١/٦٥١ مدنى مصرى) .

فى حين جاءت الصياغة الفرنسية عامة مجملة ، تترك مجالا للتفسير ، واختلاف أوجه النظر فيه ، وليس أدل على ذلك مما جاء فى أحد أحكام محكمة النقض المصرية من " أن المادة ٤٠٩ مدنى مصرى قديم (تقابلها المادة ٦٥١ من القانون الحالى) لم تشترط لقيام مسئولية المقاول والمهندس المعمارى غير حدوث الخلل فى البناء ، ولم تنقل عن التشريع الفرنسى ما تقضى به المادة ١٧٩٢ من ضرورة حصول التهدم الكلى أو الجزئى ، ومن ثم فإنه يكفى لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى به

= ٩٧ سالفة الذكر .

Art .1792Cc.civ.)Sil'édifice construit à prix fait,périt entout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol.."

٣- وهى الترجمة التى ارتضيناها لهذا الفعل على ما سبق ان اوضحنا فى أكثر من موضوع . راجع هامش ٢ ص٤٥٢ وهامش ٢ ص٦٤٦ وما بعدها والمراجع والأحكام المشار إليها بهامش ٣،٢ بهما .

فى البنـاء خللا فى متانتـه ،وأن يكون خفيا ، بحيث لا يكون فـى استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت التسليم ... " (٤)

وعلى أية حال ، وأيا ما كانت صياغة المادة ١٧٩٢ مدنـى فرنسى ، فإن القضاء الفرنسى (٥) ،يؤيده غالب الفقه هناك (٦) قد وقف على المقصود الصحيح - فى رأينا - من استعمال المشـرع الفرنسى للفعل " périr " دون غيره ، فلم يستلزم لتطبيـق

٤- نقض مدنى مصرى فى ٥ من يناير ١٩٣٩ طعن رقم ٣٧ لسنة ٨ ق : مجموعة عمر جـ ٢ رقم ٩٤ ص ٤٥٢ .وفى نفس المعنى الحكم الصادر فى ١٩٥٥/٦/٩ فى الطعن رقم ٨٠ لسنة ٢٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٢٥، المحاماة س ٣٦ ص ١٢٦٠ .حكم النقض الفرنسى (عرائض) فى ٢٧ من فبراير ١٩٢٩ سيرى ١٩٢٩-١ ص ١٢٨ ،وانظر أيضا : الدورى : رسالته السابقة ص ١٩٧ .

٥- على سبيل المثال : ص باريس فى ٩ من يوليو ١٨٢٨ مذكور فـى HAMONIC بند ٦٠٦ ص ١٤٨ .مجلس الدولة الفرنسى فـى ١٩٦٦/١١/٢ Dr.adm. ١٩٦٦-٣٧٤ مذكور فى " GABOLDE مقال :"La responsabilité décennale en droit public" J.C.P. ١٩٦٨-١-١٢٩١ بند ١٧٠ قرار تحكيم لبيج LIÈGE فى ٧ من اكتوبر ١٩٣٥ J.L. ١٩٣٦ ص ١٩ مذكور فى سريكمونت السابق بند ١٠٥ ص ١١١ هامش (١).

٦- على سبيل المثال أيضا: هامونيك : السابق بند ٦٠٦ ص ١٤٨ . سريكمونت : السابق بند ١٠٥ ص ١١١ .كانتبلوب المرجع السابق : وقد حيث تقرر "Jamais les tribunoux administratifs et judiciaires n'ont applique cet article à la lettre et n'ont exigé que le vice de construction produise des effets aussi radicaux ,On ne peut restreindre le champ d'application de la garantie décennale aux désordres qui entrainent la ruine effective des ouvrages, de telles hypothèses sont relativement peu fréquentes" كما تقرر الباحثة ايضا " La ruine de l'ouvroge n'est nécessaire,il suffit que le danger de ruine soit imminent voire même Latent. "

أحكام هذه المسئولية الخاصة ضرورة حدوث تهدم كلى أو جزئى بالعقار المشيد - كما قد يتبادر إلى ذهن البعض من الفقه والقضاء [٧] - وإنما اكتفى بظهور عيب خطير فيه يهدد متانته وسلامته ، أو يجعله غير صالح للوفاء بالهدف الذى انشىء من اجله [٨]

وعلى ذلك ، فإن الأضرار التى يشكل تحققها سببا لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، فى القانونين المصرى والفرنسى ليست بقاصرة على التهدم الذى يحدث فى البناء ، أو المنشآ الثابت الآخر ، كليا كان هذا التهدم أو جزئيا ، وإنما تمتد أيضا لتشمل العيوب التى يمكن أن تشوب العقار الذى تم تشييده سواء أكانت عيوبا فى عملية التشييد والبناء ذاتها ، اوعيوبا فى التربة أو فى التصميم ، أو ناتجة عن استعمال مواد غير صالحة ، أو عن مخالفة القوانين واللوائح .

وإذا كان المشرع المصرى قد نص صراحة - كما سبق أن أشرنا حالا - على اعتبار العيوب من موجبات تطبيق أحكام الضمان العشرى ، إلا أنه لم يأخذ فى ذلك بمطلق العيب ، وإنما قيده بوصف معين ، تطلبه فيه صراحة ، مقتضاه أن يكون العيب على درجة من الجسامة ، بحيث يترتب على وجوده فى البناء أو المنشآ الثابت الآخر ، تهديد لمتانته وسلامته . (م ٢/٦٥١ مدنى) .

كذلك ، فإن الفقة والقضاء المصريين ، يضيفان إلى هذا الشرط التشريعى شرطا آخر ، يستوحيانه من القواعد العامة ، قوامه وجوب أن يكون العيب المدعى به فى البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، خفيا ، بحيث لم يستطع رب العمل كشفه عند التسلم .

هذا على الساحة القانونية المصرية ، أما على الساحة القانونية الفرنسية ، فبينما أجمع الفقه والقضاء هناك على

٧- راجع هامش ٤ اعلاه .

٨- شكرى سرور : السابق بند ١٩١ ص ٢٢٤ ، وراجع على سبيل المثال القضاء المشار إليه فى هامش ٥ اعلاه .

ضرورة توافر الشرط الأول ، المتعلق بخطورة العيب ، بل وتوسعا في فهمه ، بحيث أصبح محلا للاعتبار عندهما ، متى ترتب عليه صيرورة البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، غير صالح لتحقيق الهدف المبتغى من تشييده ، إلا أنهما اختلفا في ضرورة توافر شرط خفاء العيب عند التسلم ، بين متطلب له ومغفل إياه .

وعلى ذلك ، فإن دراسة هذا المطلب تقتضينا التعرض له في نبذتين مستقلتين : بينا نخص الأولى منهما لدراسة أنواع العيوب التي يمكن أن تلحق بالعقار المشيد ، بناءً كان أو منشأ ثابتا آخر ، نجعل الثانية لدراسة الشروط المقتضاة في هذه العيوب ، والتي بدون توافرها لا يستقيم سبب تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، ولا يقوم موجبها .

النبذه الأولى : أنواع العيوب (٩)

تتنوع هذه العيوب وتتعدد بتنوع أسبابها ، وتعدد محالها فمنها ما يرجع إلى مانع - أو اكثر - قام بالأرض نفسها التي أقيم عليها البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، ومنها ما يكون مصدره خطأ في التصميم ذاته ، كما أن منها ما يجد أساسه في المواد المستعملة في التشييد ، كذلك فإن منها ما يكون منشؤه خطأ في عملية التشييد والبناء ذاتها ، وأخيرا فقد يكون سبب العيب مخالفة القوانين واللوائح المنظمة لهذا المجال من مجالات النشاط البشري . لكن لما كان هذا العيب الأخير ليس عيبا قائما بذاته ، وإنما هو عيب متصل بكل نوع من الأنواع الأربعة الأولى ، لذلك فإننا سنتناوله معها تباعا ، وعلى ذلك فسنحاول - في إيجاز - بسط ما أجملناه في بنود أربعة يختص كل نوع بواحد منها .

٩- حتى قيل فيها ، بحق ، بأنها تحتاج في دراستها إلى مؤلف كامل يخصص لها . (انظر مينفييل Minvielle رسالته السابقة بند ٢١٢ ص ١٧٧ بها)

البند الأول : سبب العيب مانع - أو أكثر - قام بالأرض ذاتها :

الأرض هي ذلك المسطح المساحي ، الذى يعتبر الركيزة المادية التى يقوم عليها البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، ويتصل بها اتصال قرار ، ولذلك ، وجب أن تكون هي موضوع أول دراسة فنية ، يقوم بها المشتغلون في مجال المعمار ، ويجب أن تكون هذه الدراسة غاية فى الدقة والتعمق، نظرا لدقة وخطورة ما يترتب عليها من نتائج ، ذلك أن متانة البناء وسلامته تتوقف على مدى صلابة الأرض التى سيرتكز عليها وقدرتها على تقبل أحماله . (١٠)

ودراسة هذا البند تقتضينا بيان ، من المسئول الأصلي عن دراسة الأرض المزمع تشييد العقار عليها ؟ ثم ما هى الموانع التى قد تقوم بهذه الأرض ؟ والتى يكون عدم إزالتها سببا فى حدوث التهدم الكلى أو الجزئى بالعقار ، أو تهديد متانته وسلامته ،

أولا : من المسئول الأصلى عن دراسة الأرض المعدة لإقامة عقار عليها ؟

لا تقوم مشكلة معرفة المختص بدراسة حالة الأرض - طبيعيا وقانونيا - المزمع إنشاء العقار عليها ، إلا فى الحالة الطبيعية حيث يساهم مهندس معمارى - أو من يقوم بدوره (١١) ومقاول ، فى إنشاء العقار ، كل فى مجال تخصصه ، ذلك لتوزيع عبء المسئولية بينهما ، طبقا لمدى مساهمة خطأ كل منهما فى حدوث موجبها .

أما فى الحالة الأخرى ، حيث يسند رب العمل العملية كلها إلى مقاول ، دون مساهمة من مهندس معمارى - أو من يقوم بدوره - فلا شك فى أن مسئولية دراسة الأرض - طبيعيا وقانونيا -

---

١٠- ر . نيجر : السابق بند ٤٤ ص ٧٩ وما بعدها ، فلام ولوباف: السابق بند ٧٠٧ ص ٤٠٦ .

١١- كرب العمل الخبير فى هذا المجال ، أو غيره ، كمهندس استشارى ، أو مكتب مختص بفحوص التربة .

تقع على عاتقه منفردا ، يجريها بنفسه أو بواسطة مساعديه من الخبراء والمتخصصين ، وبالتالى يكون مسئولا مسئولية تامة [١٢]، عما يحدث من أضرار لرب العمل، ناتجة عن وجود عيوب بالأرض كان من الممكن اكتشافها وإزالتها . ذلك أن المقاول فى هذه الحالة يكون قد ضم إلى صفته كمقاول صفة المهندس المعمارى بقيامه بمهام هذا الأخير [١٣]، والقاعدة ان المسئولية تدور مع السلطة وجودا وعدما وتتناسب طرديا معها .

أما حيث يساهم فى إنشاء العقار مهندس معمارى - أو من يقوم بدوره - ومقاول فإن الأمر جد يختلف ، حيث يلزم معرفة المسئول الحقيقى عن هذه الدراسة .

١٢- وإن كانت يجب أن تتفق ومقدار ما تسمح به المقدره الفنية لشخص فى مستواه (كولان وكابيتان : ج ٢ بند ١٠٣، ٢ ،الدورى رسالته ص ٢٠٧) وهذا لاشك تحفظ يتفق والعقل ويتمشى وطبائع الأشياء ،بيان ذلك أن رب العمل الذى يتعاقد مع مقاول ليقوم له بدور مهندس معمارى لاشك أنه يكون قد اجتنى ثمرة ذلك خفضا فى الثمن ،ووفرا فى التكلفة ، تقتضى العدالة ان يقابله خفض فى التعويض الذى يقتضيه جزاء مسئوليه هذا المقاول عن خطئه، كذلك ، فإن رب العمل من المفروض فيه أن يكون متوقعا هذا الضرر ، حاسبا حسابه،وبالتالى ينعدم بالنسبة له عنصر المفاجأة فيه وعلى أية حال فهذه مسألة واقع يختص بها قاضى الموضوع ، وتختلف من قضية لأخرى .

١٣- راجع،فيما سبق،ص ٤٢٢ والمراجع والأحكام المشار إليها بها . وانظر أيضا بيدان ورودبير : السابق ،بند ٢١٠ - ص ٢٣١ هامش ٦ ،ر. نبجر : رسالته ، بند ٤٥ ص ٨١ ،فلام ولوباف السابق . بند ٧١٣ ص ٤١٠-٤١١ ، نقض مدنى فرنسى فى ٢ من إبريل ١٩٣٥ د . الأسبوعى ١٩٣٥ ص ٢٩٩ ، وانظر أيضا س . مختلط فى ١٩٠٨:٣:٥ م ٢٠ ص ١١١ وفى ١٩٣٥/٢/٢١ م٤٧ ص ١٠٦٣ .

ويكاد الإجماع ينعقد ،في هذه الحالة ، - سواء على الساحة المصرية ،[(١٤)] ،أو الساحة الفرنسية [(١٥)] ،- على أن دراسة التربة وفحص خصائصها تقع على عاتق المهندس المعماري ، بل وتعتبر من أولى مهام وظيفته ،لما يتوافر لديه من خبرة فنية في هذا المجال ،ولما يملكه من عناصر التقدير لأهمية البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، المزمع إنشاؤه ، ومدى استجابة خصائص التربة له .

في حين ذهب رأى في الفقه الفرنسي [(١٦)] ، إلى أن المقاول يكون ،في حقيقة الأمر ، أوكد معرفة بطبيعة الأرض من المهندس المعماري ، وأكثر تخصصا منه فيها ، وذلك لما يباشره يوميا من ممارسات عملية في هذا المجال ، فهو الذي يقوم بأعمال الحفر وسوف لا يكون صعبا عليه - وهو يجري هذه الأعمال - أن يتبين عيوب الأرض ، فيتعرف على طبيعتها التكوينية ومدى رشحها أو مساميتها .. الخ ذلك . وبالتالي ،يجب - عدالة - أن يكون مسئولا أيضا عن عيوب التربة وعدم معالجتها قبل البدء في التنفيذ ، هذا بالإضافة إلى أن المادة ١٧٩٢ (مدني فرنسي وتقابلها المادة ٦٥١ مدني مصري) لم تفرق في هذا الخصوص بين المهندس المعماري والمقاول . [(١٧)]

١٤- فتحي غيث : " قانون المهندس " ص ٥٤ ،شنب : السابق بند ١١٣ص ١٣٦ ،ياقوت : السابق بند ٤٠ ص ٩٨ وما بعدها ،شكري سرور : السابق بندي ٥٧، ٥٨ ص ٨١، ٨٢ .

١٥- هامونيك : السابق بند ٢٩٤ ص ١٤٦ بيدان وروديير: السابق بند ٢١٠ ص ٢٣١ وما بعدها ،نيجر . بنود ٤٤-٤٦ ص ٧٩-٨٣ ، بريكمونت : السابق بند ٢٩ ص ٣٤ ،فلام ولوباف ،بند ٧٠٧ ص ٤٠٦ ،سان موريس : السابق ص ١١٧ ، وانظر من القضاء الفرنسي نقض مدني (عرائض) ١٩٠٤/١٢/٥ د. الدروي ١٩٠٩-١ص ٤٨ ١٩٣٥/٤/٢ د. الأسبوعي ١٩٣٥ ص ٢٩٩ ، ١٩٦٠/٥/١٧ . Jur. Cla. construction ملزمة ٢٠٣ بند ٢٠٩ ، ١٩٦٥/٣/٩ جازيت دي باليه ٦٥-١ مختصر ص ٢٥ . بل وحتى لو كان المقاول مكلفا بمهمة جس التربة وعمل الاختبارات لها ، نقض في ١٩٦٦/١/٣١، J.C.P. ١٩٦٦ -٢- ١٤٦٥٩ ،د. ١٩٦٦ مختصر ص ١٠٢ ، س.ن في ١٨٧٠/٤/٩ د. ١٨٧٢ر٢ ص ١١٠ ،پو في ١٩٥٦:٧:٥ جازيف دي باليه ١٩٥٦ -٢ ص ٢٠٨ ،باريس ١٩٦٢/٦/٢٧ le Bâtiment فبراير ١٩٦٤ ص ٦٤ ،إكس في ١٩٦٤/٢/٢٥ la construc- ١٩٦٥/٦/١٣ص١٦، وفقه القانون العام على هذا الرأي ،على سبيل المثال :كانتيلوب السابق ص ٩٠ ،جابولد : مقالة السابق بند ٢٠ ،ومن هذا الرأي،

=

ونحن من جانبنا أميل إلى تأكيد ما يذهب إليه الرأى الغالب من الفقه والقضاء ، وسندنا فى ذلك ، ليس لأن المهندس المعمارى أكثر خبرة أو أدق تخصصا فى أحوال التربة من المقاول ، فقد يتوافر هذا الأخير على ذلك أو أكثر، سيما إذا كان من الشركات الكبرى فى أعمال المقاولات التى تملك من الفنيين والتخصصين وآلات سبر التربة وأجهزة جسها واختبارها ما لايمكن إنكاره ، ولكن استنادا إلى الترتيب الزمنى والتكامل الفنى لمهنة المهندس المعمارى ، ذلك أنه من المعلوم والذى لا جدال فيه ، أن من أولى مهام هذه المهنه هو وضع تصميمات البناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع إنشاؤه[١٨]. ووضع التصميمات هذه يقتضى عمل الخرائط والرسومات والنماذج والمقايسات من وصفية وكمية وتقديرية أو تثمينية . وكل هذه أعمال لا يمكن للمهندس المعمارى أن يقوم بها على الوجه الأكمل دون دراسة مستفيضة للتربة ومعرفة خصائصها ليعرف أى المواد أنسب للتنفيذ بها ، وما مقدار الكميات التى سيحتاجها هذ التنفيذ فيها وما أثمانها ، وهكذا فمعرفة هذا كله يقتضى بالضرورة معرفة كاملة بالأرض التى سيقام عليها العقار[١٩] فالتصميم ليس مجرد مجموعة من الخطوط ترسم على الأوراق طولا وعرضا نتيجة تصور نظرى لبناء يستحيل تطبيقه على الطبيعة المعدة له[٢٠] وإنما هو

= ،أيضا، مجلس الدولة الفرنسى إذ يعفى المقاول من المسئولية عن عيوب الأرض باعتباره غير متخصص، على سبيل المثال، حكمه فى ١٨٩١/١/٢٣ ، ليبون ص ٣٥ ،د. ١٨٩٢ -٣ ص ٧٧ ، ١٨٩٥/٧/٢٦ د. ١٨٩٦ -٣ ص ١٠٢ ، ٦٢/٥/٨ A.J.Dr. يناير ١٩٦٣ ص ٣٢ .

١٦- راقون Ra von « مسئولية المعمايين » مطول عملى وقانونى باريس ١٨٩٧، ص ٨٣ : حيث يقرر:
"Il est peu d'entrepreneur sérieux qui se trompent sur la valeur du sol"

١٧- راجع نص المادتين المذكورتين فيما سبق فى اكثر من موضع من الدراسة .

١٨- راجع، فيما سبق، من ص ٤١٢ : ص ٤١٩ بهوامشها .

١٩- انظر : فتحى غيث : المرجع السابق ص ٥٤ .

٢٠- انظر : شكرى سرور : المرجع السابق، بند ٤٠ ص ٦١، ٦٢ وانظر أيضا المادة ٥١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى مصر، سالف الذكر ، التى تستلزم أن يكون مرفقا بطلب الترخيص مجموعة من المستندات من بينها " ما تفرضه الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم من بيانات ودراسات خاصة بالتربة ، ومدى تحملها

مجموعة متكاملة من الأعمال تسعى نحو تحقيق هدف واحد هو إقامة ذلك العقار المطلوب إنشاؤه على أساس سليم ، وخال من العيوب التى تسبب تهدمه أو تهدد سلامته ومتانته .(٢١)

أما الاستناد إلى نص المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى (تقابلها المادة ٦٥١ مدنى مصرى) فهو استناد فى نظرنا غير منتج . ذلك أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية لكل من القانونين المدنيين المصرى والفرنسى ، يوضح أن قصد المشرع ، فى كل من البلدين منصرف فى هذا الخصوص إلى المهندس المعمارى ، وليس إلى المقاول،(٢٢) كما وأن هذه القاعدة ترجع إلى القانون الفرنسى القديم .(٢٣)

ومع ذلك ، فإن عقد المقاولة المبرم بين رب العمل والمقاول، يفرض على هذا الأخير التزاما بنصح وإرشاد رب العمل، وإن تنفيذ هذا الالتزام من جانب المقاول، يقتضى منه أن ينبه رب العمل إلى العيوب فى التربة التى يستطيع كشفها ، أو التى ينبغى أن يتكشفها ، إذ أنها ما كانت لتخفى على مقاول مجرب مثله ، وفى مثل ظروفه ، ومن ذات مستواه ماديا ، وفنيا

= للأعمال الناتجة عن الأعمال المطلوب الترخيص فيها " أشار إليها ، أيضا ، شكرى سرور . الموضع السابق .

٢١- ل. فريسانحيا : السابق بند ٨٤ ، هامونيك بالسابق ، بند ٥٩٤ ، نيجر السابق ، بند ٤٤ ص ٨٠ بريكمونت : السابق بند ١٣١ ص ٣٦ فلام لوباغ : السابق بند ٧٠٨ ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ ، س . ريوم فى ١٩٦٥/١٢/٨ جازيت دى باليه ١٩٦٦-١ مختصر ص ١٤ .

٢٢- فبالنسبة للأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى فقد سبق أن أوردنا استفسار لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب - وهى بصدد مناقشة المادة ٦٧٩ من المشروع (م ٦٥١ من القانون الحالى) - عن العيب الذى يوجد فى الأرض ذاتها ، إذا كان هذا العيب من الخفاء بحيث يدق كشفه على المهندس الفطن ، أيكون المهندس مسئولا عنه ؟ فأجيب بأن المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه ، وفقا لقواعد الفن ، أما إذا - استحال كشفه وفقا لهذه القواعد ، فإن ذلك يكون فى حكم القوة القاهرة ولا يكون المهندس مسئولا عنه .. " الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٣ " تقرير لجنة الشئون التشريعية " وراجع ص ٧٢٣ ، وما بعدها فيما يأتى والفقه والقضاء ، المشار إليهما فى هامشى ٥١ ، ٥٢ بهما . أليس هذا بقاطع فى الدلالة على انصراف قصد المشرع المصرى إلى المهندس المعمارى دون المقاول

=

سواء كان هذا الانكشاف ، لشدة وضوح العيب فى التربة (٢٤) ،او بسبب المعرفة الفنية الشخصية للمقاول ،او للمهندسين والفنيين العاملين معه ، وإلا كان مسئولا إلى جانب المهندس المعمارى، عن الأضرار التى تجر إليها هذه العيوب . (٢٥)

كذلك فإن مبدأ حسن النية فى التنفيذ يقتضى من المقاول أيضا أن ينبه المهندس المعمارى المشرف على التنفيذ إلى هذه العيوب ، حتى يعمل على تداركها قبل البدء فى التنفيذ ، ذلك ، وإن لم توجد علاقة تعاقدية مباشرة بينهما ، فإن كل منهما يعتبر غيرا بالنسبة للآخر ، إلا أنهما يجمعهما معيد عمل واحد، ويعملان معا على تحقيق هدف واحد ، وهو إقامة بناء ،او منشأ ثابت آخر ،خال من العيوب ، ومتفق مع ما تقضى به قواعد الفن ،والقوانين واللوائح المنظمة ، ومستجيب للغرض الذى قصده

= وفى نطاق القانون المدنى الفرنسى : فقد أبدى أحد الأعضاء - عند المناقشة الأولى للمشروع فى مجلس الدولة - دهشته من هذا الحكم . فأجيب " بأن المهندس المعمارى يلزم بمعالجة عيوب الأرض ، أو إخطار المالك بأن البناء سوف لا يكون متينا "

راجع FENET ج ١٤ ص ٢٦١

٢٣- جيث قرر سيو REAL (أحد واضعى مجموعة نابليون سنة ١٨٠٤) " بأن القانون الفرنسى القديم كان يسير دائما على ذات القاعدة " - انظر نيجر : رسالته بند ٤٤ ص ٨٠

٢٤- نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ مج . م . ف م١١ق ١١٧ ص ٧٣٦ ، حيث نفذ المقاول الأساسات على أرض طفلية غير صالحة للتأسيس عليها . ولم ينزل بها إلى الطبقة الصالحة لذلك . فالعيب هنا جد واضح .

٢٥- ر. نيجر : السابق ،بند ٤٥ ص ٨١ ،سانت موريس ، السابق ص٨٧ ،فلام ولوباف : السابق بند ٧١٦ ، ٧١٧ ص ٤١٢، ٤١٣ . ص. رن فى ١٨٧٠/٤/٩ ،د. الدروى ١٨٧٢ -٢ ص ١١٠ ،بروكسل فى١٩٦٢/١/٢٠، جورنال المحاكم ١٩٦٣ ص ١١ وقرب من ذلك نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١ مج . م.فه س ١٦ ق ١٣ ص ٨١ " إلا أن المقاول يشترك فى المسئولية مع صاحب العمل ،إذا كان على علم بالخطأ فى التصميم وأقره ،أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أثره على المقاول المجرب " وفى نفس المعنى .نقض مدنى فى الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٦/١٢/١٨ مج.م.فه س ١٧ . ق ٢٦٤ ص ١٨٣٠ .

رب العمل من إنشائه . خصوصا وأنهما مسئولان بداءة أمام هذا الأخير - إن تضامنيا [٢٦] أو تضامميا [٢٧] - عما يحدث له من أضرار نتيجة خطأ أى منهما أو تقصيره .

فإذا ما قام المقاول من جانبه بتنفيذ التزامه هذا ، أى بإخطار كل من رب العمل والمهندس المعمارى ،ما تكشف له من عيب فى التربة ، من شأنه أن يسبب تهدما فى البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ،كليا كان هذا التهدم أو جزئيا ، أو يهدد متانته وسلامته ،فإنه من المتصور أن يحدث أحد أمرين :

الأول : أن يستجيب المهندس المعمارى لتنبيه المقاول له إلى وجود العيب - أو العيوب - فى الأرض ، ويعمل على علاجه بالأساليب الفنيه قبل البدء فى التنفيذ ، وهنا لا مشكلة فى الأمر .

الثانى : أن يصر المهندس المعمارى ، على وجهة نظره من خلو التربة من العيوب المانعة من البناء عليها . أو أنه كانت بها بعض العيوب ، إلا أنه عالجها طبقا لما تقتضيه قواعد الفن فى ذلك ، وفى هذه الحالة ، يتعين على المقاول أن يطلب منه أمرا كتابيا بالمض فى التنفيذ على مسئوليته الخاصة ، مع إحاطة رب العمل علما بكل ذلك ، فإن أعطى هذا الأمر نفذ دون مسئوليه عليه ، وإن لم يعطه امتنع عن التنفيذ ، وإلا كان مسئولا إلى جانب صاحبه . [٢٨]

هذا إذا كان من أقر بفحص التربة هو المهندس المعمارى أو من يقوم بدوره ممن على مستواه فنيا أو أكثر ،كرب العمل المتخصص ، أو المهندس الاستشارى ، أو أحد المكاتب الفنيه المتخصصة .

٢٦- م ١/٦٥١ مدنى مصرى ، وهو ماعليه غالب القضاء الفرنسى ، انظر القضاء الذى أشار إليه ماكس نويل فى مقاله السابق الإشارة إليه فى هـ ١٤٦ ص ٥٢٣ .

٢٧- وهو ما يذهب إليه غالب الفقه الفرنسى - انظر الهامش السابق .

٢٨- هامونيك : المرجع السابق بند ٣٩٠ ص ١٠٢ وما بعدها ، ج دلفو : السابق ، بند ٢٠٩ ص ٢٥٩ ، شنب ١١٤ ص ١٣٨ - والأحكام المشار إليها فى هامش ٢ بها . وبند ١١٨ ص ١٤١ ، وما بعدها .

أما إذا كان من أقر بفحص التربة وخلوها من العيوب هو رب العمل الغير متخصص أو الغير خبير فى هذا الأمر ،تعين على المقاول أن يمتنع عن التنفيذ ،ولو أعطى أمرا كتابيا به من رب العمل ، وإلا كان مسئولا - طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة - بالتطبيق لنص الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى مصرى ، التى تقضى بسريان الضمان العشرى على المهندس المعمارى والمقاول ، حتى ولو كان رب العمل قد أذن فى إقامة الأبنية المعيبة ، ما لم تكن هذه الأبنية منشأة فى قصد المتعاقدين لأن تبقى مدة أقل من عشر سنوات .(٢٩)

ومع عدم وجود مقابل لهذا النص فى القانون المدنى الفرنسى (٣٠) إلا أن هذا لم يمنع الفقه والقضاء من الأخذ بهذا الحكم ، لاتفاقه مع العقل السليم ، وتمشيه

٢٩- شنب : السابق،بند ١١٤ ص ١٣٨ والمراجع والأحكام المشار إليها فى هامش إليها . شكرى سرور :السابق بند ٥٦، ٥٧ ص ٨٠، ٨١ .

٣٠- وفى هذا ما يوضح أن القانون المدنى المصرى فى هذا الخصوص ، أكثر تحقيقا لحماية المصلحة العامة ،والسلامة العامة ، من القانون المدنى الفرنسى ، وذلك أنه يحظر - كما هو واضح فى المتن - على المهندس المعمارى والمقاول إقامة أبنية معيبة،ويعرضهما لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة عليهما، إذا ما قاما ببنائها ، ولو كان ذلك برضا رب العمل وموافقته.

مع المنطق القويم ، وفى ذلك يقول فريسانجيا (بمناسبة مهندس معماري) :

" Si le proprietaire ne consent pas au surcoit de dépenses qui lui est proposé, ou encore si le sol n'est susceptible de consolidation, il est d'un architecte prudent d'arréter les travaux" (٣١)

٣١- المرجع السابق ،بند ٨٣ ،وانظر فى نفس المعنى بريكمونت : السابق ، بند ٣١ ص ٣٦.
س. Oran فى ١٩٦٠/١/١٢ . G.P. ١٩٦٠-١ ص ١٨٣ حيث قضت بأنه " يجب على المهندس المعماري (أو المقاول فى رأينا لاتحاد العلة) أن يرفض تنفيذ الأعمال التى تعاقد عليها إذا اكتشف - نتيجة اختباراته للتربة - أن بها عيبا يحول دون البناء عليها "
" L'architecte diot réfuser d'exécuter les travaux de construction qu'il a souscrits si un vice du sol se révèle ensuite à son examen
وقرب من هذا س.Poris فى ١٩٥٩/١١/١٩ . G.P. ١٩٦٠-١ ص ١٠٠ ، R.T.D.C. ١٩٦٠ ص ٣٠٥ ، حيث تؤكد أنه كان ينبغى على المهندس المعماري ألا يستجيب لأوامر رب العمل ، المخالفة للقوانين واللوائح المنظمة لعملية البناء . انظر، شكرى سرور : السابق بند ٤١ ص ٦٣ ، ونحن نرى أن هذا يصح من باب أولى، عندما يتعلق الأمر بعيب فى التربة يحول دون البناء عليها . حيث إن العلة هنا أظهر. انظر تفصيلا أكثر ص ٧٢١ - بعد قليل والمراجع والأحكام المشار إليها بهامش ٤٣ بها .

ولكن هل يرتبط ضمان عيوب الارض، الممكن كشفها، بالمهندس المعماري بصفته واضعا للتصميمات، ام باعتباره مشرفا على التنفيذ ومراقبا له؟ بحيث يدور هذا الضمان وجودا وعدما مع الصفة التي كانت سبب اسناده اليه.

ينبغي بداءة أن نبين أن هناك حالة معينة لا يتطرق إليها الشك في القول بمسئولية المهندس المعماري واضع التصميم عن عيوب التربة، وهي الحالة التي يكون فيها هذا المهندس مكلفا في نفس الوقت - بالإضافة إلى وضع التصميم بملحقاته - بمهمة الإشراف والرقابة على التنفيذ، ففي هذه الحالة يكون مكلفا بمهمة شاملة، وبالتالي يكون مسئولا مسئولية كاملة عن عيوب التربة، التي تسبب تهدما كليا أو جزئيا في البناء، أو تهديدا لمتانته وسلامته. (٣٢)

أما الحالة التي يثور بشأنها هذا التساؤل، فهي حالة المهندس المعماري الذي يكلف بوضع التصميم فقط، دون الإشراف والرقابة على التنفيذ فهل يسأل هذا عن عيوب الأرض، باعتباره واضعا للتصميم، أم يكون بمنأى عن المسئولية عن هذه العيوب حيث لم يكلف بالإشراف والرقابه على التنفيذ، بل تقتصر فقط على من يكلف بهذا.

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن هذا المهندس المعماري لا يضمن عيوب الأرض إلا إذا كان مكلفا بالإشراف على الأعمال ومراقبة التنفيذ، بمعنى أن يكون مكلفا بمهمة شاملة أو أن يكون مكلفا بالإشراف والرقابة على التنفيذ فقط دون التصميم. أما إذا اقتصرت مهمته على مجرد وضع التصميمات وملحقاتها من مقايسات

٣٢- راجع ماسبق أن انتهينا إليه - مع الفقه الغالب - من أن فحص التربة يقع على عاتق المهندس المعماري المكلف بوضع التصميم من ص ٧١١ إلى ص ٧١٦ فيما سبق، والمراجع والأحكام المشار إليها فيها بالهوامش من ١٤ حتى ٢٣.

وانظر، أيضا، شكري سرور: المرجع السابق، بند ٤٠ ص ٦١ حيث يقرر سيادته "أن فحص التربة يعتبر من صميم مسئوليات المهندس المشرف على التنفيذ أساسا، ومن باب أولى المكلف بمهمة شاملة".

وكراسات شروط .. الخ ،دون أن يكلف بالإشراف على الأعمال والرقابة على التنفيذ فإنه لا يكون ضامنا لتلك العيوب.(٣٣)

في حين يرى جانب آخر من هذا الفقه أن المهندس المعماري يظل ضامنا لعيوب الأرض ،ولو لم يكلف بالإشراف والرقابة على تنفيذ الأعمال ، أي ولو اقتصر دوره على مجرد وضع التصميمات والمقايسات فقط ، مستندا في ذلك إلى أن جس التربة وفحصها من أساسيات مهمته وأولياتها ، وأن هذا الأمر - أي فحص التربة - تستدعيه ضرورة وضع التصميمات بما تحويه من خرائط ورسومات ومقايسات وصفيه وكمية للمشروع . (٣٤)

٣٣- أ. دلفو : السابق . بند ٦٤٢ ،بريكمونت : السابق: بند ٥٩ ص ٣٥ والمراجع المشار إليها في هامش ٥ بها . وقرب مينقييل : رسالته . بند ٢١٦ ص ١٧٨ وكذلك المراجع المشار إليها في هامش ٤٠٥ ص ١٢٣ وذلك فيما يتعلق بضمان عيوب التصميم ،بالنسبة للمهندس المعماري الذي لم يكلف بالإشراف والرقابة على التنفيذ، وانظر ايضا كولان، وكابيتان : السابق جـ ٢ بند ١١٠٤- ص ٧٢٩ ، ٧٣٠ حيث لا يضمنا المهندس المعماري عيوب التربة إلا إذا ثبت علمه بها . أشار إليه ،أيضا،شكري سرور . السابق بند ٣٩ هامش ٦٠ بها . وانظر بروكسل المدنية الجزئية في ١٩٦١/١/٩ La construction ١٩ من يناير ١٩٦٣ ص ٨ .

٣٤- J.VAN RYN : مقال "Les clauses de non responsabilité" R.G.A. et R.1931 P.703; MESSELIN "Responsabilité des architectes P.145; Y. HANNEQART Art. "Les clauses d'irresponsabilité dans le contrat d'entreprise" Ann. de Liège. 1959, P. 141.

و فلام ولوباف : السابق،بند ٧٠٩ ص ٤٠٨ - وما بعدها . وانظر،ايضا،نقض مدني فرنسي في ١٩٢٧/٦/١٩د. الدروي ١٩٣٠-١ ص ١٦٩ تعليق مينقييل ،بروكسل في ٦٢/٥/٤ Pas. ١٩٦٣-٢ ص ٧٩ . ريوم في ١٩٦٤/١٠/١٤ A.J.P.I. ١٩٦٥ -٢ ص ٢٠٣ ، وفي ١٩٦٥/١٢/٨ G.P. ١٩٦٦ر ١ ملخص ص ٧ .

وهكذا قضى بأن وضع التصميمات والمقايسات الوصفية والكمية للمشروع من جانب المهندس المعمارى ،يقتضى منه بداءة دراسة جادة للتربة التى سيقام عليها البناء (٣٥). بل وحتى لو كانت الأرض مختارة بمعرفة رب العمل ، وحتى لو كان البناء منشأ لمدة موءقتة . فإنه يتعين على المهندس المعمارى أن يتاكد من ان طبيعة الأرض تستجيب لمقتضيات البناء المزمع إقامته عليها (٣٦) ونحن من جانبنا أميل إلى هذا الرأى لما سبق أن أبديناه . (٣٧)

ثانيا : الموانع التى تقوم بالأرض : هذه الموانع قد تكون قانونية كما قدتكون طبيعية .

فأما عن القانونية منها ، فمثالها أن تكون الأرض مملوكة للدولة أو للأغيار ،أو منزوعة ملكيتها للمنفعة العامة ،أوأن يكون مقررا عليها حق ارتفاق أو أكثر ، أو تقع خارج خط التنظيم .

والكشف عن هذه الموانع ليس فى حاجة إلى كبير عناء؛ ذلك أنه بمكنة المهندس المعمارى أن يطلب من ربالعمل مستندات ملكيته لهذه الأرض ، كى يتأكد من الملكية وحدودها ،ومن عدم وجود حقوق ارتفاق عليها لصالح عقارات تخص آخرين ، سواء كان ارتفاقا قانونيا أم اتفاقيا ،وأنها ليست أماكن تحظر السلطة العامة البناء عليها ، أو سبق نزعها للمنفعة العامة أو أنها خارج التنظيم إلى غير ذلك من الموانع القانونية التى يتعين على المهندس المعمارى - أوالمقاول على حسب الأحوال - التاكد من عدم وجود شيء منها قبل الشروع فى فحص التربة من الناحية الجيولوجية . والتى له فى سبيل التاكد من عدم وجودها الاستعانة برب العمل ذاته وبكل السلطات المختصة

٣٥- س. باريس فى ١٩٦٢/٦/٢٢ Le Bâtiment ١٩٦٤ ص ٣٤.

٣٦- مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٦٢/٥/١٨ A.J.D.A يناير ١٩٦٣ ص ٣٢ .

٣٧- راجع فيما سبق ص ٧١٣ وما بعدها وهامش ٢١ بها .

فى الدولة بما لديها من امكانيات فى هذا الخصوص.[٣٨]

وأما عن الموانع الطبيعية منها ،فهى إما أن ترجع إلى التكوين الجيولوجى للتربة ،ذاتها ،وإما أن ترجع إلى أسباب الجوار .

فأما عن الأولى منها : فقد تكون التربة رملية أو طفلية إلى امتداد بعيد فى باطن الأرض .[٣٩] أو تربة ردمية ناتجة عن تراكم ردميات سابقة فى هذا المكان .[٤٠] أو تربة رخوة لا تتمتع بقدر من الصلابة ،لتحمل أثقال البناء المزمع إنشاؤه عليها[٤١] ،أو تربة ملحية تعمل على تآكل الأسياخ الحديدية التى يتم بها البناء[٤٢] إلى غير ذلك من العيوب التى ترجع إلى طبيعة التكوين الجيولوجى للتربة .

وأما عن الثانية منها وهى التى ترجع إلى أسباب الجوار: فمنها؛ أن تقع الأرض المزمع إقامة البناء عليها بالقرب من حافة نهر أو بحر ،بحيث تكون مهددة بتلاطم الأمواج وتأثيرات المد والجذر أو فعل الرطوبة ،أو تكون موجودة على خزان للمياه الجوفية عالية المنسوب ، مما يجعلها فى حاجة إلى معالجة خاصة[٤٤] إلى غير ذلك من أسباب وعوامل تجعل الأرض

٣٨- مينڤييل: السابق بند ٧/١٢٨ ص ٢٩٤،١١٩ ص ٢٣٤ بريكمونت: السابق بند ١٩، ٢٠ ص ٢٨،٢٧ والقضاء البلجيكى المشاراليه فى الهوامش ٣٥،٣٤،٣١ فلام ولوباف . السابق: بند ٦٩٠ ص ٣٨٨ والقضاء المشار إليه فيها. شكرى سرور : السابق - بند ٤٣ ص ١٥،٦٤ .

٣٩- هامونيك ،السابق بند ٦٠١ ص ١٤٧ ويشير إلى السين الجزئية فى ١٨٨٣/٧/٢٨ .

٤٠- هامونيك : السابق بند ٥٩٨ ص ١٤٧ ،مينڤييل ص٢١٧ ١٧٩،١٧٨

٤١- السنهورى : الوسيط جـ ٧ بند ٦٥ ص ١١٤ وهامش ١ بها الدورى : رسالته، ص ٢٠١.

٤٢- الدورى : رسالته ص ١٩٩

٤٣- ر . نيجر: السابق بند ٤٤ ص ٨٠؛ سان موريس : السابق ص١١٦ مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٧٢/١١/٢٢ مج ليبون Tables ١٩٧٢ ص ١١٥٤ بمناسبة كنيسة مبنية بالقرب من شاطئ البحر، وانظر س . مختلط فى ١٩٠٨/٣/٥م ٢٠ ص ١١١ وفى ١٩٣٥/٢/٢١م. ٤٧ ص ١٦٣.

٤٤- هامونيك : ٦٠٢ ص ١٤٧ ويشير إلى السين الجزئية فى ١٨٨٦/٣/١٥، كانتيلوب : السابق . ص٩٠ وانظر مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٦٩/٣/٥ مج ليبون ١٩٦٩ ص ١٣٥ J.C.P. ١٩٦٩-٢-١٥٨٦٣ ، تعليق ليت - ڤو .

غير صالحة كليا أو جزئيا لتحمل أثقال البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، المراد إقامته عليها .(٤٥)

وعلى ذلك فإن أول عمل يجب أن يقوم به المهندس المعمارى - أو المقاول على حسب الأحوال - بعد التأكد من الوضع القانونى للأرض ، هو التأكد من عدم وجود موانع طبيعية تحول كليا أو جزئيا دون البناء على الأرض ، سواء كانت هذه الأرض مقدمة من رب العمل ، أو من المقاول(٤٦) وله أن يستخدم فى ذلك كافة الوسائل العلمية الحديثة التى يمكنه الاستعانة بها . وعمل الدراسات والاختبارات والجسات والتحليلات الكافية للتعرف على طبيعة التكوين الجيولوجى للتربة والتأكد من مدى صلابتها وقدرتها على تحمل أثقال العقار الذى سيقام عليها ، ومدى تقبلها لطرق العلاج المختلفة التى تجعلها أكثر صلابة ، وأشد مقاومة .(٤٧)

فإذا أسفرت الدراسات والفحوص والاختبارات التى أجراها للتربة عن عيب بها يترتب عليه حدوث تهدم كلى أو جزئى ، لما هو مزمع إنشاؤه عليها من بناء ، أو منشأ ثابت آخر ، أو يتهدد متانته وسلامته ، وجب عليه أن يخطر

٤٥- هامونيك : السابق . بند ٥٩٦ ص ١٤٦، ١٤٧ . حيث يقرر
Il est difficile de définir d'un mot le vice du sol, ce vice peut provenir de mille causes différentes ......"

٤٦- مينفييل : رسالته . بند ٢١٧ ص ١٧٨ ، سان موريس : ص ١١٦ برمكيمونت : السابق . بند ٢٩ ص ٣٤ ، كانتيلوب : ص ٩٠، الدروى : رسالته ص ٢٠١ .

٤٧- هامونيك : السابق . بند ٥٩٤ ص ١٤٦ ، مينفييل: رسالته بند ٢١٧ ص ١٧٨ ، فلام ولوباف : السابق بند ٧٠٨ ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ فتحى غيث : "قانون المهندس" ص ٥٤ وانظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٥/٣/٩ بيلتان ١٩٦٥-١ رقم ١٧٤ ص ١٣٦ G.P. ، ١٩٦٥-١ ص ٢٥ مختصر . س . ريوم ١٩٦٥/١٢/٨ . G.P ١٩٦٦-١ مختصر ص ١٤ بروكسل الجزئية فى ١٩٥٧/٤/٦ R.J.I. ١٩٥٨ رقم ٣٥٥٧.

رب العمل حالا بالنتيجة ، وينتظر رد هذا الأخير على ذلك ، فإذا كان العيب مما يمكن علاجه [٤٨] وطلب منه رب العمل ذلك فعل ، أما إذا كان مما لا يمكن علاجه ، كان عليه أن يصارح رب العمل بذلك ،وأن يمتنع عن إتمام المشروع ، حتى ولو طلب منه رب العمل ، كتابة ، استمرار العمل فيه ، وإلا كان مسئولا ، عما يحدث للعقار بعد ذلك من تهدم كلى أو جزئى ،أو تهديد فى متانته وسلامته أو صيرورته غير صالح للهدف الذى أنشىء من أجله من جراء هذا العيب . [٤٩]

على أن العيب فى الأرض الذى يسأل عنه المهندس المعمارى طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، يجب أن يكون مما يمكن كشفه طبقا لأساليب الفن وطرقه . [٥٠]

٤٨- باستعمال الطرق العلمية والأساليب الخاصة كعمل لبشات خرسانية او دق خوازيق لأبعاد مناسبة فى باطن الأرض حتى تصل إلى طبقة ذات صلابة معينة تتحمل معها أحمال البناء . انظر فى ذلك : مينقبيل: رسالته . بند ٢١٧ ص ١٧٩ سان موريس السابق ص ١١٦ ،بريكمونت : السابق بند ٢٩ ص ٣٤، ٣٥ ، السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٥ ص ١١٤ وهامش ١ بها، السين الجزئية فى ١٩٦٥/٤/٢٩ . د. ١٩٦٦ ملخص ص ٢.

٤٩- بودري وقال: الإيجار ج ٢ بند ٣٩٢٧ ،مينقبيل: رسالته ،بند ٢١٧ ص ١٧٨ ،سان موريس : رسالته ص ١١٧ ،بلانيول ريبير ج ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤ ،بريكمونت : السابق بند ٣١ ص ٣٦ ، كانتيلوب : السابق ،ص ٩٠، ٩١ ، الدروى رسالته : ص ٢٠١، شكري سرور ، السابق ،بندى ٥٦، ٥٧ ص ٨٠، ٨١ .
وانظر من القضاء الفرنسي والبلجيكي : نقض مدنى فرنسى (عرائض) ١٨٥٠/٢/١٢ مذكور فى مينقبيل السابق ،وفى ١٩٠٤/١٢/٥ ،د . ١٩٠٩ -١ ص ٤٨ . س . Pau فى ١٩٥٦/٧/٥، سابق الإشارة فى هامش ١٥، Oran فى ١٩٦٠/١/١٢ - .G.P ١٩٦٠ ص ١٨٣ ،بروكسل الجزئية فى ١٩٥٠/١٢/١٢ .J.T ١٩٥١، ص ٥٦٨ ، وانظر مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩١٢/١٢/٤ مج ليبون ص ١١٤٧ ، وفى ١٩٣٣/٥/٢٤ مج ليبون ص ٥٦٣ .
وانظر من القضاء المصرى : نقض مدنى فى الطعن رقم ٢٣٥ - لسنة ٣ ق فى ٦٥/٦/١٠ مج . م. ف س ١٦ ق ١١٧ ص ٧٣٦ ، س. مختلط فى ١٩٠٨/٣/٥ م ٢٠ ص ١١١ ،وفى ١٩٣٥/٢/٢١ م. ٤٧ ص ١٦٣ وانظر فيما سبق المراجع والأحكام المشار إليها بالهوامش ١٤، ١٥ .

٥٠- فريسانجيا : السابق. بند٧٢، بودري وقال ،الهامش السابق، جيلوار : الإيجار. بند ٨١٤ ، مينقبيل : الهامش السابق ، بلانيول و ريبير : الهامش السابق ،بريكمونت : السابق بند ٣٠ ص ٣٥ .

أما إذا كان مما يتعذر كشفه على المهندس الفطن ، مع استعمال الطرق والأساليب التى تتبع عادة فى جس التربة واختباراتها ، بما فى ذلك الرجوع إلى الخرائط الجيولوجية للمنطقة لمعرفة التاريخ الجيولوجي للتربة (٥١) فإن هذا يعتبر من قبيل القوة القاهرة التى يتحلل المهندس المعمارى بها من هذه المسئولية .(٥٢)

وما يقال بالنسبة لعيوب الأرض المزمع إقامة العقارعليها وأهمية دراستها دراسة فنية وعلمية مستفيضة ، للتأكد من سلامتها وصلابتها وقدرتها على تقبل أحمال الأعمال التى ستقام عليها ،يقال أيضا بالنسبة للمبانى القديمة ، عندما يراد تعليتها بإضافة طابق أو أكثر عليها . إذ يتعين على المهندس

٥١- ر . نيجر: رسالته. بند ٤٦ ص ٨٢ ،ويشير إلى السين الجزئية فى ١٥/٣/١٨٧٦.

٥٢- هامونيك : السابق . بند ٦٤٧- ٦٤٩ ص ١٥٧ ، مينفييل : رسالته ،بند ٢١٧ ص ١٧٩ ،سان موريس : ص ١١٧ . بريكمونست السابق . بند ٣٠ ص ٣٥ .
وانظر. أيضا. س باريس فى ٢٩/٤/١٨٦٤ سيرى ١٨٦٤-٢ ص ١٥٣ ، ٢٦/١١/١٨٦٩ مذكور فى مينفييل السابق . وفى ١٧/١١/١٨٩٣ د . الدورى ١٨٩٤-٢ ص ٥٢٢ ، أنجيرس Engèrs فى ٢٨/٦/١٩٣٣، ١٩٣٧R.J.I. رقم ١١٨٤.
وانظر فى الجانب المصرى : مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٣ " تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب "سبقت الإشارة إليه (انظر هامش ٢٢) وانظر شنب : السابق، بند ١١٣ ص ١٣٦، ١٣٧ ويشير إلى ثروت أنيس ص ١٧ ويمثل سيادته " بأن توجد أطلال مبانى أثرية على عمق كبير تحت الأرض ، فى منطقة لم تكتشف بها آثار من قبل ،ولم يقل أحد بوجود آثار بها قبل ذلك " ؛ الدورى : رسالته ص ٢٠١، ٢٠٢ ، شكرى سرور : السابق بند ٥٩ ص ٨٢ .

المعماري في هذه الحالة - بالإضافة إلى دراسة الأرض على الوجه الذي بيناه - دراسة أساسات هذه المباني ، والهياكل الحاملة فيها ،حتى يقف على مدى صلاحيتها ، وقدرتها على تحمل ما هو مزمع إضافته إليهامن طبقات أخرى ، وإلا كان مسئولا عما يحدث من أضرار بالبناء سواء منه القديم أو الجديد وذلك طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، متى توافرت شروطها ،وحدث شيء من موجباتها . (٥٣)

٥٣- شنب : السابق ،بند ١١٣ ص ١٣٦ ، شكري سرور : بند ٥٨ ص ٨٢ ،٧٨ ص ١٠٤ ،بريكمونت السابق . بند ٢٩ ص ٣٤ ، وانظر أيضا : نقض مدني فرنسي (الدائرة ٣) في ١٩٧٨:١٠:١٧ د . ١٩٧٩ قسم المعلومات السريعة ص ٥٨ مشار إليه أيضا في شكري سرور هامش ٢٥ ص ١٠٤ ،س . إميان في ١٩٥٩/٢/١٨. د. ١٩٥٩ المختصر ص ٨٨.

البند الثانى : سبب العيب خطأ فى التصميم(٥٤)

بينما فيما سبق كيف أن المهندس المعمارى هو المختص الأصلى بوضع التصميمات المتعلقة بالبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ،بما فيها من خرائط ورسومات ومقايسات وكراسات شروط ، وذلك بحكم تأهيله علميا وفنيا للقيام بهذه المهام(٥٥) ويكون مسئولا عن عيوبها بقوة القانون . (٥٦)فى حين يتولى المقاول ،تحت إشرافه ورقابته ، مهمة تنفيذها ، أى تطبيقها على المسطح المساحى المعد لها . (٥٧)

كما بينا كذلك ، أنه كثيرا ما يحدث فى العمل أن يقوم المقاول نفسه بوضع التصميمات اللازمة للبناء ،دون اللجوء إلى مهندس معمارى - ولو من الناحية العملية - لاسيما إذا كانت العملية ، أو المشروع ،فى حد ذاتها صغيرة وغير معقدة ، بحيث يقدر رب العمل ، أو هو والمقاول معا بأنها ليست

٥٤- المقصود بعيوب التصميم هى تلك العيوب الناجمة عن الأخطاء التى ترتكب فى إعداد الوثائق الصادرة من المهندس المعمارى مثل الخرائط وغيرها على الوجه المبين بالمتن ،والمتعلقة بتصور العمل المراد إنشاؤه وتخطيطه طبقا للتصور أو التخيل المناسب له . انظر فلام ولوباف السابق : بند ٦٨٩ ص ٣٨٧ حيث يقرر: "Par vices de Conception et vices de plan , on entend les désordres consecutifs aux erreurs commises dans l'élaboration de tout document emané de l'architecte,et relatif à la conception de l'ouvrage..."

٥٥- راجع فيما سبق من ص ٤١٢ : ص ٤١٩ والمراجع والأحكام المشار إليها ،وانظر بالإضافة إليه : دى پاج: ج ٤ بند ٩٠٠ ، وفلام لوباف : السابق بند ٦٩٧ ص ٣٩٢،ياقوت: السابق . هامش ٢٢٩ ص ١٠٢.

٥٦- ر . نيجر : السابق ،بند ٣٤ ص ٧٠

٥٧- راجع فيما سبق من ص ٤٢٠ : ص ٤٢٦ باعتبار أن هذه المهمة تشكل الوظيفة الأساسية له فى هذا المجال

بحاجة إلى اللجوء إلى مهندس معماري لوضع تصميماتها وعمل مقايساتها (٥٨) .

كذلك يمكن القول بأنه من الممكن أن يقوم رب العمل نفسه بوضع هذه التصميمات والمقايسات، ويدفع بها إلى المقاول، ليتولى تنفيذها ، متوليا الإشراف عليه ورقابته بنفسه أيضا أو مسندا هذه المهمة إلى مهندس معماري ، وهو في هذا قد يكون من بين المتخصصين في هذا المضمار والخبيرين بدروبه ، كما قد يكون جاهلا بفنونه غير ملم بمعارفه، وغالبا ما يكون بين هذا وذلك(٥٩) .

وهكذا صرنا عملا أمام حالات ثلاث لوضع التصميمات والمقايسات المختلفة للبناء أو المنشآت الثابتة الأخر ، المزمع تشييده، تدور ما بين المقاول ، ورب العمل ، والمهندس المعماري تبعا لحجم المنشأ وأهميته ، ومدى بساطته أو تعقيده فنياً ومعماريا .

وعلى وجة العموم ، فسواء قام بوضع التصميم هذا أو ذاك، فيجب أن يكون معلوما " أن الغرض من إعداد التصميم للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى ، هو تحمل أقل التكاليف مع الحصول على أفضل

٥٨- انظر بالإضافة إلى ماسبقت الإشارة إليه خص ٢٤١ - ٢٢٠، بريكمونت السابق ،بند ١٣ ص ٢٤ ،فلام ولوباف :السابق ،بند ٦٩٢ ص ٣٩٠،وانظر أيضا نقض مدني فرنسي في ١٨٦٧/٣/٨ د . ١٨٦٧-١ ص ٤٦١ ،مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥١/٤/٥ د. ١٩٥١ -٣ ص ٣٤ . ياقوت : الهامش السابق.

٥٩- بريكمونت :السابق ،بند ١٣ ص ٢٤ ، فلام ولوباف : الهامش السابق ، ياقوت : الهامش السابق ، س . ليون في ١٩٠٦/١/١٠ سيرى ١٩٠٧ - ٢ ص ١٠١ ، وانظر بالإضافة إليه القضاء البلجيكي المشار إليه في الهامش ٣ ص ٢٤ من بريكمونت .

النتائج ، لجعل البناء متينا ،يتحمل ما يتعرض له من عوامل الخلل ، الأمر الذى يقتضى فى التصميم أن يكون مغطيا احتمالات ، التفاوت فى تحمل المواد او طريقة صناعتها أو ماقد تتعرض له المبانى ، والمنشآت الثابتة الأخرى من زيادة فى التحميل لأى سبب من الأسباب ولذلك فإن تجاوز هذه الاحتمالات ، بقصد التقليل من تكاليف الإنشاء ، تجعل البناء يميل إلى ناحية الضعف الذى يؤدى إلى ظهور العيوب ، التى ترجع فى أصلها إلى التصميم "(٦٠)

أما فى مجال الحديث عن المسئولية عن عيوب التصميم ، فإن الأمر لا يكاد يثير صعوبة تذكر ، حيث يكون واضع التصميم هو المقاول الذى تولى تنفيذه ، ففى مثل هذه الحالة ، يكون هذا المقاول مسئولا مسئولية كاملة عن عيوب هذا التصميم .(٦١) طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة محل الدراسة ، متى أدت هذه العيوب إلى تهدم البناء أو المنشأ الثابت الآخر تهدما كليا أو جزئيا أو ألحقت به عيبا جسيما يتهدد متانته وسلامته أو يجعله - طبقا لما تواضع عليه الفقه والقضاء الفرنسيين - غير صالح للهدف الذى أنشىء من أجله (م ٦٥١ مدنى مصرى ،م ١٧٩٢ مدنى فرنسى).

ذلك أن المقاول فى هذه الحالة وقدباشر مهمة المهندس المعمارى ، وقام بدوره ، وجب أن يكون مسئولا عن كل ما ينشأ عن هذه المباشرة ،أو يتحقق من هذا القيام من أضرار ، لأن المناط فى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، هى الصفة الفعلية ،المتحققة من مباشرة العمل والقيام به ، وليست الصفة الحقيقية ، التى قد تحكمها ضوابط وأحكام أخرى ، كضرورة الحصول على مؤهل معين،

٦٠- فتحى غيث : قانون المهندس ص ١٠٢ .
٦١- وإن كانت يجب أن تتفق ومقدار ما تسمح به المقدرة الفنية لشخص فى مستواه . انظر هامش ١٢ فيما سبق .

أوالانضمام إلى نقابة أو هيئة معينة . أو بلوغ سن معين ،إلى غير ذلك . (٦٢)

لكن الأمر يدق بعض الشئ ، حيث يكون واضع هذا التصميم المعيب هو رب العمل نفسه ، ففى هذه الحالة تلزم التفرقة بين أمرين : حيث يكون رب العمل هذا من بين رجال هذا الفن التمرسين فيه ، الخبيرين به ،وحيث لا يكون كذلك . (٦٣)

ففى الحالة الأولى : يكون رب العمل هذا هو المسئول عن ما أدت إليه عيوب التصميم ، الذى أتى به ، من أضرار . ولا مجال للحديث،البتة،عن مسئولية للمقاول ، أو حتى للمهندس المعمارى المشرف على التنفيذ ، عن هذه الأضرار التى تحققت من جراء هذا التصميم المعيب .طالما كان تنفيذه قد تم بدقة تامة ،ومتبعا فيه كل قواعد الفن وأصول الصنعة ، ولم يعبث به بتغيير أو تعديل ، ومراعى فيه كافة القوانين واللوائح المنظمة . وطالما - أيضا - لم تكن عيوبه من الوضوح والجسامة بحيث يستطيع المقاول - اوالمهندس المعمارى المشرف على التنفيذ - أن، يتبينها ، سواء بنفسه أو بواسطة مساعديه ، أو كان من المفروض عليه ان يتبينها حيث لا تخفى على المقاول المجرب مثله .

أما حيث ينتفى تحقق أحد هذين الشرطين أوكلاهما ،بأن يكون المقاول قد غير أو عدّل فى التصميم طبقا لما ارتآه ، أو لم يتبع قواعد الفن وأصول الصنعة الواجب اتباعها فى تنفيذه، أو خالف التعليمات والأوامر التى بصنعها رب العمل بشأن تنفيذ هذا التصميم ، أو إذا كانت الأخطاء أوالعيوب فى التصميم واضحة بحيث يمكن كشفها من رجل الفن مثله . فإن المقاول - أو المهندس

٦٢- راجع،فيما سبق،ص٤١٧ وما بعدهاوص ٤٢١ وما بعدهاوما أشير إليه فيهما من مراجع وأحكام .

٦٣- هامونيك : السابق بند ٢٠٠، ٢٠١ ص ٨٢ ، بند ٤٠٢ ص ١٠٥ . فلام ولوباف : السابق بند ٦٩٢، ٦٩٣ ص ٣٨٩ والقضاء المشار إليه فيهما .

المشرف على التنفيذ - يكون فى هذه الحالة مسئولا،طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة،عن الأضرار التى تنجم عن هذه العيوب متى كانت مستوفية شرائطها .(٦٤)

أما فى الحالة الثانية : حيث يكون رب العمل من غير المتخصصين فى هذا المجال ، وجب على المقاول أو المهندس المشرف على التنفيذ أن يفحص التصميم أولا بعناية تامة ، وبكل دقة سواء بنفسه ان كانت لديه القدرة العلمية والفنيه على ذلك أو بعرضه على ذوى التخصص فيه ، وأن يخطر رب العمل عن كل ما يسفر عنه هذا الفحص من عيوب ،وكيفية إصلاحها ،ويجب أن يكون الإخطار من الوضوح والصراحة بحيث يفهم منه رب العمل مباشرة كل ما سوف يترتب من نتائج خطيرة لو تم التنفيذ دون إصلاح .(٦٥) فإن قبل رب العمل ذلك ، وأقره على الإصلاح والسير فى التنفيذ فعل ،وإن لم يقبل فعليه أن يمتنع عن تنفيذ هذا التصميم المعيب . وإلا كان مسئولا عما يحدث من جراء تنفيذ هذا التصميم المعيب ، من تهدم، كلى أو جزئى،للبناء ،أو المنشأ الثابت الآخر،أو حدوث العيب المعتبر فيه، ولا يعفيه من هذه المسئولية أن يعطيه رب العمل أمرا كتابيا بتنفيذ هذا التصميم المعيب ، على مسئوليته - أى رب العمل - الخاصة (م ١/٦٥١ مدنى مصرى) (٦٦) وهذا هو الاتجاه

٦٤- هامونيك :السابق بند٣٠٢ص٨٢،فلام ولوباف :السابق،بند ٦٩٣ ص ٣٩٠، نقض مدنى فرنسى فى ١٩٤٤/١٢/١٨ د. الدورى ١٩٤٤ ص ٩٣ ، تجارى لييج liege فى ١٩٦١/٢/٢٦ le bâtiment ١٩٦٢ رقم ٢٠،بروكسل فى ١٩٦٤/١/٢٢ Journ. Trib. ١٩٦٣ ص ١١ " فى الدعوى،رب العمل مهندس مدنى " . وانظر ايضا نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١/٢١ مج.م ف . س ١٦ ق ١٣ص ٨١، حيث تقرر المحكمة " لئن كان الأصل أن المقاول الذى يعمل بإشراف رب العمل ،الذى جعل نفسه مكان المهندس المعمارى ،لا يسأل عن تهدم البناء أو عن العيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته ،إذا كان ذلك ناشئا عن الخطأ فى التصميم الذى وضعه رب العمل ،إلا أن المقاول يشترك فى المسئولية مع صاحب العمل، إذا كان على علم بالخطأ فى التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب " وفى نفس المعنى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٨مج.م.ف.س ١٧ ص ١٨٣٠ ،ق ٢٦٤.

٦٥- فلام ولوباف : السابق بند٦٩٤ ص ١٩٠وانظر بالإضافة إلى ما يشير إليه من قضاء بلجيكى فى هذا الخصوص ، حكم مجلس الدولة الفرنسى فى =

العام للفقه والقضاء الفرنسيين (٦٧) .

على أن الأمر يغدو أكثر دقة ، عندما يكون من وضع هذا التصميم المعيب ، هو المهندس المعماري ، المكلف بوضعه من قبل رب العمل - وهو الأمر الغالب باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل به - بينما اقتصر دور المقاول على مجرد تنفيذه . ففي هذه الحالة يثور التساؤل عن مدى مسئولية المهندس المعماري عن هذا التصميم . وهل يظل مسئولا عما اعتوره من عيوب ، ولو لم يكلف الإشراف والرقابة على تنفيذه ؟ وما مدى مسئولية الذى اقتصر دوره على تنفيذه عما شابه من عيوب ؟

هذه مسائل ثلاث نبحثها تباعا :

أ- مدى مسئولية المهندس المعماري عن عيوب التصميم الذى وضعه وكلف الإشراف والرقابة على تنفيذه .

لاشك أن المهندس المعماري ملتزم بمقتضى العقد المبرم بينه وبين رب العمل التزاما بنتيجة مقتضاها ، أن يقدم لهذا الأخير تصميمات خالية من العيوب ، ومطابقة للرغبات المبداة من قبل رب العمل ، وكذا لقواعد الفن المعماري ، ولكافة القوانين واللوائح المنظمة لهذا اللون من النشاط البشري (٦٨) ومستنده إلى دراسات وافية ، سواء فيما يتعلق بالتربة أو الظواهر الجوية والمناخية المختلفة ، معمولا فيها حسابا لكل الحوادث والمتغيرات التى يمكن توقع حدوثها طيلة فترة بقاء البناء قائما ، ومدى تأثيرها عليه ، ومأخوذا فى الإعتبار كافة الظروف المحيطة بالموقع (٦٩) .

= ١٩٦٣/٣/١٨ مجلة القانون العام .R.D. Pub ١٩٦٣ ص ٣٥٧ .

٦٦- راجع ص ٧١٦ ، فيما سبق ، والمراجع المشار إليها بهامش ٢٩ بها .

٦٧- راجع ، أيضا ، ماسبق أن أوردناه بمناسبة إصرار رب العمل على البناء على أرض غير صالحة ، وما يجب على المهندس المعماري والمقاول فعله إزاء هذا الإصرار ص٧١٦ وهامش ٣١ ص٦١٧ ، ص ٣٢٣ ، وهامش ٤٩ بها ، وانظر بالإضافة إلى ذلك هامونيك : السابق بنود ٣٠٣ : ٣٠٦ ص ٨٢ : ٨٣ وانظر أيضا س باريس فى ١٩٦٢/٦/٢٥ : la construction ٦٤/٦/٢٧ ص ١٨

٦٨- انظر فى ذلك : ياقوت : السابق بند ٤٢ ص ١٠٢ ومابعدها وفى تفصيل أكثر - شكرى سرور المرجع السابق بند ٢٣ ص ٤٤ وهامش ٣ بها وكذا بندى ٢٧ ، ٢٨ ص ٤٨ : ٤٩ . =

فإذا ما قدم المهندس المعماري - على العكس من ذلك - تصميمات معيبة بعيوب ترتب عليها تهدم في العقار المشيد، كليا كان هذا التهدم أم جزئيا ، أو تهديد لمتانة البناء وسلامته ، أو جعله غير صالح للهدف الذى أقيم من أجله ، فإن النتيجة المنطقية والقانونية لذلك ، أن يسأل هذا المهندس - طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة - عن هذه العيوب التى تضمنها تصميمه ، والتى أسفرت عن هذه الأضرار، ولا غبن عليه فى ذلك ، لأنه كان قد التزم بنتيجة معينة ، وقبض المقابل عنها ، دون أن يفى بما التزم به ، فضلا عن أنه كان بإمكانه معالجة هذه العيوب أثناء إشرافه على التنفيذ، فحقت لذلك مساءلته ، ووجبت بذلك مؤاخذته . (٧٠)

ب - لكن هل يظل المهندس المعماري ضامنا لعيوب تصميمه ، ولو لم يكلف الإشراف والرقابة على التنفيذ ؟

يجمع الفقه المصرى - ممن تعرض لهذه المسألة - على الإجابة على هذا التساؤل بالإثبات . (٧١)

٦٩- انظر فلام ولوباف : السابق : بند ٦٩١ ص ٣٨٩ ، س رن في ٢٠:٥:١٩٦٤ I.P.J.A ١٩٦٤ ص ٩٥٣ تعليق " HENRI CT" و س . باريس فى ٦٢/٦/٢٥ la construction فى ٦٤/١/٢٧ ص١٨

٧٠- بودرى وڤال : ج ٢ بند ٣٩٢٧ ، لوباج : ج ٢ ص ٣٩ ، سوردا : Traité générale de la responsabilité, 6° éd. Paris 1911 N° 674.

و مينڤييل : السابق بند ٢١٦ ص ١٧٧ ، نقض جنائي فرنسى فى ١٨٧٥/١١/٢٥ د . الدورى ١٨٧٦ - ١ ص ٤٨١ مشار إليه أيضا فى مينڤييل السابق . هامش ٥٩٧ ، ليموج الجزئية فى ١٨٩٩/١١/٨ د. الدورى ١٩٠٠- ٢ ص ٢٨٥ .

٧١- السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٦ ص ١١٩ ، الدورى: رسالته : ص ٢١٢، عنبر : السابق بند ١٥٣/هـ، ص ١٨١ ، ياقوت : السابق، بند ٤٢ ص ١٠٤ ، شكرى سرور : السابق ، بند ٤٨ ص ٧١ وهامش ٩٧ بها .
وعلى الرغم من أن الأمر لم يعرض بصورة صريحة على القضاء المصرى إلا أنه يبدو من حيثيات بعض أحكامه - كما يقول الأستاذ الدكتور شكرى سرور - الهامش السابق - أنه يسير فى ذات الاتجاه الفقهى المذكور انظر من ذلك الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٥/١٦ مج م.ف. س ١٨ ص ١٠٠٥ حيث جاء فى حيثياته " .. وجعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء وسلامته شاملة المهندس المعمارى والمقاول على سواء ما لم يقتصر عمل المهندس المعمارى على وضع التصميم فلا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى أتت منه ...." ومثله تماما الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٨ ق فى ١٩٧٣/١١/٢٧ ذات المجموعة س ٢٤ ص ١١٤٦ .

ولعل سنده فى ذلك ،هو عموم نص المادة ٦٥٢ من القانون(٧٢) المدنى ،التى تقضى بأنه " إذا اقتصر المهندس المعمارى على وضع التصميم ، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التى أتت من التصميم " فيمكن أن يستدل من عموم هذا النص ، على مسئولية المهندس المعمارى ،عن العيوب التى تلحق بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر ،والتى يكون مصدرها ما وضعه من تصميمات معيبة حتى ولو لم يكلف الرقابة على التنفيذ ،وهذا فى الحقيقة قول منطقى يتفق وطبائع الأمور ، فما كان ينبغى لأحد غيره أن يحمل وزره ، وما كان لوازرة أن تزر وزر أخرى .

أما الجانب الفرنسى ؛ فقد قسمت الإجابة على هذا التساؤل الفقه الفرنسى إلى قسمين :

بين قائل بمسئوليته ،(٧٣)وهو الغالب ، مؤيدا من غالب القضاء هناك (٧٤)وآخر يقول بنفيها .(٧٥)

فأما القائلون بالمسئولية ،فحجتهم لا تخرج عما قدمناه فى الفقرة (أ) السابقة ، فنحيل عليه تجنبا للتكرار ، وأما عن مدى

٧٢- لا مقابل لها فى القانون الفرنسى ،وإن كان الفقه والقضاء هناك على حكمها ، كما سيأتى بيانه فى حينه .

٧٣- هامونيك : السابق . بند ٣٩٥،٣٩٦ ص ١٠٤ ،بودرى وفال: الإيجار ج ٢ بند ٣٩٢٧ ،كولان وكابيتان ج٢ ص ٥٧٣ ، أوبرى ورووإسمان : السابق،ص ٤٠٨ ،نيجر : السابق،بند ٣٦ ص ٧٣ وما بعدها،بريكمونت السابق،بند ٢٦ ص ٣٠ ،أ . د لقو ج ٢ بند ٤٩٤ ،فلام ولوباف : السابق ، بند ٦٩١ ص ٣٨٩ ،سوان : السابق ، بند ٥٣ ص ٥٩٧ ... وما بعدها ،كاستون : السابق ، بند ٤٠٥ ص ١٨٨ ،ومن القضاء انظر على سبيل المثال : نقض مدنى فى ١٨٧٢/٢/٥ سيرى ١٨٧٢-١ص ١٢٧ ،د. الدورى ١٨٧٢-١- ص ٢٤٦،فى ١٩٦٤/٦/١٦ A.J.P.I. ١٩٦٦ ص ٢٣٣ رقم ٤١ تعليق مونتميرل ، س بروكسل فى ١٩٣٩/٥/٢٧ R.J.I. ١٩٤٠ رقم ١٥٢٢ ،مجلس الدولة فى ١٨٨٦/١/١٥ د. الدورى ١٨٨٧-٣ ص ٥٦.

٧٤- ر . نيجر .الهامش السابق .

٧٥- Gouault dans Archi.: ١٩٠٣ ص ٤٤٣،مينفييل: السابق، بند ١٣٦ وما بعده ص ١٢٤ وما بعدها،س . جرينوبل فى ١٨٩٧/١٢/١٨ مذكور فى نيجر السابق ، هامش ٧١ ص ٧٦ .

تحقق هذه المسئولية عندهم ،فرهن بجماع شرطين :
أما أولهما : فمرتبط بالوسيلة ، ومقتضاه ،أن تكون التصميمات والمقايسات ، قد اتبعت بدقة وأمانة تامتين ، دون أدنى تعديل أو تغيير من جانب المقاول القائم بالتنفيذ أو المهندس المشرف عليه ،سواء فى أسلوب التنفيذ أو المواد المنفذ بها. بحيث إذا ما حدث شئ من ذلك تحلل المهندس من المسئولية ، لتثقل كاهل من قام بالتنفيذ ومن أشرف عليه .

وأما الثانى والأخير منهما ،فمتعلق بالنتيجة ،ومتطلبه أن تؤدى عيوب التصميم هذه إلى تهدم كلى أو جزئى بالعقار، أو تهدده فى متانته وسلامته ، أو على الأقل تجعل الأضرار على قدر معين من الخطورة أو الجسامة ، أما إذا لم تؤد إلى شئ من ذلك ، فلا مسئولية عليه (٧٦).

وبالإضافة إلى هذين الشرطين العامين ، يذهب بعض القائلين بالمسئولية ،إلى إعفاء المهندس المعمارى الذى لا يكلف الإشراف والرقابة على التنفيذ من ضمان عيوب الأرض(٧٧) وكذلك من ضمان عيوب مخالفة القوانين واللوائح(٧٨) ، على أن يحل محله فى ضمان كل هذه العيوب من يتولى تنفيذ هذه التصميمات ،باعتبار أن هذا الأخير ، قد أتيحت له الفرصة التى حرم منها الأول - بحرمانه من الإشراف والرقابة على التنفيذ - وهى إمكانية اكتشاف هذه العيوب أثناء التنفيذ ومعالجتها (٧٩). بينما يذهب نفر ثالث إلى تخفيف مسئولية المهندس المعمارى الذى لا يعلم منذ البداية بأنه سوف لا تسند إليه مهمة الإشراف والرقابة على

٧٦- كورسيل ولوميتر : السابق ص ٢٩٧ ،فريمانجيا : بند ٣٢، ٨١ ،فريمى ليجنفيل وآخر : بند ٩٦، ٩٧ ،جلوار : الإيجار بند ٨٤٣ ،بريكمونت الهامش السابق - وأنظر أيضا. نقض مدنى فرنسى فى ١٨٧٢/٢/٥ د. الدوركي ١٨٧٢ -١- ص ٢٤٦ ، Algèrs فى ١٨٩٧/١/١٩ مذكور فى مينفييل : السابق هامش ٤٠٤ ص ١٣٢ .
٧٧- فريما نجيا :السابق بند ٨١ ،فريمى ليجنفيل وبريكى: السابق بند ٩٨ ،جلوار: السابق: بند ٩٥٠ لوباج: حـ ٢ ص ٣٠.
٧٨- لوباج: الهامش السابق ،بيران وربندى: بند ٢٧٩ ،وأنظر عكس ذلك فريما نجيا : الهامش السابق وفريمى ليجنفيل وبريكى :السابق .بند ٩٩.
٧٩- راجع المراجع المشار إليها فى الهامشين السابقين .

التنفيذ (٨٠)، بحيث لو علم ذلك ، منذ البداية ،لكان له شأن آخر .

وأما القائلون بعدم مسئولية المهندس المعمارى واضع التصميم المعيب عن عيوب تصميمه ، إذا لم يكلف الإشراف والرقابة على تنفيذه (٨١). فيسوقون - تأييدا لرأيهم - حججا عدة : منها ما يستند إلى القواعد العامة ، ومنها ما يؤسسونه على عدم وجود النص القانونى اللازم للقول بالمسئولية ، وآخيرا فإن منها ما يستمدونه من الواقع (٨٢). وسوف نتولى عرض هذه الحجج ، ومناقشتها فى شئ من الإيجاز - غير المخل - حتى لا يطول بنا المقام معها .

تخلص الحجة الأولى ، والمستندة إلى القواعد العامة ، فى عقد المقاولة ، فى أن المهندس المعمارى كمؤجر عمل - بتسليمه التصميمات والمقايسات التى التزم بعملها لرب العمل وتسلم هذا الأخير لها وتقبلها دون إبداء أى تحفظ عليها ، فمن شأن ذلك كله أن يبرئ ساحته من ضمان ما قد يظهره تطبيق هذه التصميمات والمقايسات من عيوب بها. ولا تقبل المحاجة بأن رب العمل غالبا ما يكون غير مختص ، فلقد كان فى مكنته قبل التسلم، أن يستعين بذوى الخبرة المتخصصين فى هذا المجال ، أما ولم يستعن، لأسباب فى نفسه ، فتلك غلطته ولا يلومن إلا نفسه (٨٣).

٨٠- جيلوت Guillot ص ٤٥ .

٨١- دافع عن هذا الرأى بشدة مينڤييل: رسالته . البنود من ١٣٦: ١٣٩ ص ١٢٤-١٢٩. ويستند إلى حكم لمحكمة السين الجزئية صادر فى ١٩١٣/١٢/١٠ وهو الذى قرر صراحة أن :

"..que le propriétaire qui fait exécuter par un entrepreneur des plans fournis par un architecte ne doit pas de dommages-intérêts à celui-ci pour ne pas lui avoir confié la direction des tranaux...".

٨٢- انظر عرضنا لبعض هذه الحجج والرد عليه : بريكموت السابق - بند ٢٧ص ٣١، شكري سرور :السابق ،بند ٤٧ص ٦٩-٧٠ .

٨٣- مينڤييل : السابق بند ١٣٦ ص ١٢٤ .

والرد على ذلك ميسور: ملخصه: أننا لسنا بصدد تطبيق القواعد العامة فى عقد المقاولة. وإنما بصدد تطبيق قواعد وأحكام استثنائية، قررها المشرع استجابة لمقاصد معينة ، وهذه كافية لا طراح أحكام القواعد العامة جانبا (٨٤).

أما الحجة النصية : فمؤداها أن المادة ١٧٩٢ مدنى، تتعلق ببناء شيد بأجر جزاف (أى إجمالى) وهذا مالا يتوافر فى الحالة المعروضة، إذ المهندس المعمارى لم يشيد بناء بأجر جزاف، كذلك فإن المادة ٢٢٧٠ مدنى تتعلق بالأعمال الكبيرة التى عملت أو أديرت ، والفرض أن المهندس المعمارى لم يقم بعمل هذه الأعمال، ولم يتول إدارتها ، وعلى ذلك فإن القول بمسئولية يعوزه السند القانونى اللازم له (٨٥).

وردنا على هذه الحجة أيضا مفاده: ما سبق أن قررناه من أن المادة ٢٢٧٠ تكمل المادة ١٧٩٢ (٨٦)، والمادة ٢٢٧٠ تتعلق بالأعمال الكبيرة " gros ouvrages" التى عملت . وعمل هذه الأعمال الكبيرة ، لا يقتصر على مجرد تنفيذها ، وإنما يشمل أيضا تصميمها - من خرائط ورسومات - وعمل مقايساتها، وهذا واضح من نص المادة ٢٢٧٠ ذاته:

ولم يقل "gros ouvrages qu'ils ont faits" بل وإن ما يعمله المهندس المعمارى فى هذا المجال ، ليفوق فى أهميته ما يقوم به المقاول من تنفيذ ، وكيف يتسنى التنفيذ بدون هذا . والقاعدة أن ما لايدرك الواجب إلا به ، فهو واجب .

ثم أن بعض الفقه الفرنسى (٨٧) يرى أن الرجوع إلى الأعمال

٨٤- قرب ،بريكمونت : الهامش الأسبق .
٨٥- مينفييل : الهامش الأسبق ص ١٢٤، ١٢٥ .
٨٦- وهو ما عليه غالب الفقه والقضاء الفرنسيين . أنظر فيما سبق من ص٦٤٩ : ص٦٥٢ والمراجع المشار إليها .
٨٧- ر . نيجر : رسالته . بند ٣٦ ص ٧٥ .

التحضيرية [٨٨] يوضح أن لفظ "Construit" لايعطى فى هذا الخصوص المدلول الذى اعطاه له أنصار نظرية عدم المسئولية ذلك أن العبارة كانت فى مشروع القانون المقدم من الحكومة: "si l'edifice domme a prix fait" ، وتعدل بناء على طلب القسم التشريعى بديوان القضاه إلى "Si L'edifice construit a prix fait" ، حيث ارتأى هذا القسم أن لفظ "donme" غير محدد بما فيه الكفاية .

أما بقية الحجج التى يسندها المحتجون بها إلى الواقع [٨٩]، فما نرى منها بالرد أهلا [٩٠]، غير تلك المتعلقة بكيفية تحديد تاريخ بدء مدة الضمان . إذ يتساءل أنصار هذا الرأى — على فرض تسليمهم بالقول بالمسئولية — عن بداية مدة هذه المسئولية . أمن تاريخ تسلم التصميمات والمقايسات مقبولة من رب العمل ؟ أم من تاريخ إنجاز الأعمال وتسلمها مقبولة من هذا الأخير أيضا ؟ وفى هذه الحالة — يتساءلون أيضا — من أدرانا أن رب العمل سوف يبدأ حالا فى التنفيذ ولايؤخره إلى أجل غير معلوم ، وقد يطول ، فيظل المهندس المعمارى مسئولا حتى يتم التنفيذ، وتسلم الأعمال ومضى مدة الضمان العشرى على هذا التسلم [٩١] !

وحسم هذا الامر — فى رأينا — ليس بحاجة الى كبير عناء، ذلك ان المدة هى المدة لاتتغير ، كلف المهندس المعمارى بالاشراف على التنفيذ ، أم لم يكلف ، وتاريخ بدء سريانها ليس بمشكل تحديده ، فهو بذاته تاريخ تسلم الاعمال بعد انجازها

---

(٨٨) FENET : T. XIV P. 233 (art. 115).

(٨٩) مينفييل : السابق، بنود من ١٣٧ : ١٣٩ ص ١٢٥ : ١٢٩ .

(٩٠) انظر فى نفس المعنى ، نيجر : السابق بند ٣٦ص ٧٦. حيث يتعجب من مقارنة مينفييل (بند ١٣٧ ص ١٢٦) بين التصميم الذى يصنعه مهندس معمارى ، وبين القطعة الموسيقية التى يؤلفها موسيقار .

(٩١) مينفييل : السابق بند ١٣٧ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

مقبولة من رب العمل . طبقا لصريح نص الفقرة الثالثة من المادة ٦٥١ مدنى مصرى ، ولما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين هناك [٩٢] . ولامحل للتخوف من تأجيل رب العمل للتنفيذ لمدد قد تطول ، فالضمان لايقوم إلا اعتبارا من تاريخ هذا التسلم الذى لن يكون إلا بعد تمام التنفيذ ، وحتى اكتمال المدة المقررة قانونا ، أما قبل التسلم وبمعنى أوسع قبل تمام التنفيذ ، فلا قيام له بداهة ، لعدم توافر شروطه ودواعيه ، تلك التى تخلص فى حدوث تهدم كلى أو جزئى بالعقار محل التصميم ، أو ظهور عيب به يهدد متانته وسلامته ، أو يخرجه عن دائرة تحقيق الهدف الذى شيد من أجله .

هذا ولانقر ما يذهب إليه بريكمونت [٩٣] ، من أن تاريخ بدء سريان مدة الضمان العشرى يمكن أن يكون من تاريخ تسلم رب العمل للتصميمات المعيبة من المهندس المعمارى ، الذى وضعها ولم يكلف بالإشراف والرقابة على تنفيذها . وذلك لأسباب عدة منها:

١ - أن هذا القول يصطدم وما كان يجمع عليه كل من الفقة والقضاء الفرنسيين من أن المدة العشرية تبدأ من تاريخ تسلم الأعمال . والمقصود بتسلم الأعمال هنا ، هوتسلم الأعمال التى تم تشييدها والتى تمثلت فيها مهمتى التصميم والتنفيذ .

٢ - أن التصميمات ، مهما بلغت قيمتها الفنية أو قيمة ما دفع فيها ، لاتعدوأن تكون فى نظر المشرع - ما لم يتم تنفيذها - قصاصات أوراق ، لاتثير قلقه أو تخوفه على السلامة العامة وصحة المواطنين وعلى اقتصاد البلاد ، فهى قبل

(٩٢) من هذا الرأى نيجر: رسالته بند ٣٦ ص ٧٥.

(٩٣) المرجع السابق ، بند ٢٧ ص ٣٢ .

(٩٣) مكرر- وانظر تاكيد الذلك حكم النقض الفرنسى دائرة (٣)الصادر فى ٩ من ديسمبر ١٩٧٠(بيتان ١٩٧٠- ٣رقم ٦٨٢ ص ٤٩٥) والذى قضى بان مجرد الخطأ فى التصميم الموضوع من قبل المهندس المعمارى لا يؤدى بذاته الى تطبيق أحكام المسئولية العشرية

=

التنفيذ مجرد مشروع بناء مستقبل ، أو منشأ ثابت آخر ، والتنفيذ هو الذى يعطيها قيمتها الحيوية ، المؤثرة فى المجتمع سلامة وأمنا ، واقتصادا (٩٣مكرر).

٣ - ثم إن هذا القول من شأنه أن يجعل المضرور من غير حماية فعالة ، فيما يتعلق بعيوب التصميم ، أو على خطر ذلك ، وذلك كلما تباعدت المدة بين تنفيذ هذه التصميمات المعيبة ، وبين تاريخ تسلمها من المهندس المعمارى الذى وضعها . وقد تنتهى مدة العشر سنوات لأى سبب كان قبل البدء فى التنفيذ .

٤ - كذلك ، فإن المسئولية ليست عن عيوب التصميم فى حد ذاته (٩٤) ، وإنما عن العيوب التى تلحق بالبناء ، أو غيره من المنشآت الثابتة الأخرى ، فتسبب تهدمه كليا أوجزئيا ، أو تهدد سلامته ومتانته ، وتكون ناشئة عن عيوب فى التصميم (٩٥) . وهذه العيوب التى تشكل سبب المسئولية لايتصور قيامها بدون تشييد البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، وعلى ذلك فالفيصل فى القول بقيام المسئولية أو عدمها هو القول بوجود تنفيذ للتصميم المعيب من عدمه . وفى حالة التنفيذ ، انكشاف العيوب ، أم عدم انكشاف شئ منها . وهذا - فى رأينا - ما قصده المشرع المصرى بالنص فى المادة ٦٥٢ مدنى على أن المهندس المعمارى

= مادامت العيوب الناتجة عنه لا تعرض للخطر متانة البناء وسلامته ولم تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى انشئ من اجله .

(٩٤) فلو قبع التصميم بعيوبة المعلومة من الجميع فى أحد أدراج المكتب لعدة سنوات ، لما قامت هذه المسئولية عنها ، وكذلك لو نفذ هذا التصميم ، ولعبت العناية الربانية دورها . فلم يحدث تهدم ولم ينكشف عيب ، فهل تقوم هذه المسئولية الخاصة هنا ؟!

(٩٥) مينفيل : السابق بند ٢٩٤ ص ٢٣٢ .

الذى يقتصر دوره على وضع التصميم ، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لايكون مسئولا إلا عن العيوب - طبعا فى البناء أوالمنشأ الآخر - التى أتت من التصميم ، أى التى اتت فى البناء أوالمنشأ الثابت الآخر نتيجة للخطأ فى التصميم (٩٦).

وعلى ذلك ، ولكل ما قدمنا ، فإننا نرى مع إجماع الفقه المصرى ، والأغلبية الساحقة من الفقه الفرنسى، التى يؤيدها القضاء ، أن المهندس المعمارى يظلمسئولا عن ضمان العيوب التى تعتور ما وضعه من تصميمات ا وما عمله من مقايسات ، حتى ولولم يكلف بالاشراف والرقابة على تنفيذ ما وضعه ، ولم يقم رب العمل بتكليف آخر بذلك.

أما إذا كلف رب العمل مهندسا معماريا آخر يتولى الإشراف والرقابة على التنفيذ ، فإن التساؤل يثور عن أثر ذلك على مسئولية المهندس المعمارى الأول عن عيوب ما وضعه من تصميمات وفساد ما عمله من مقايسات ، هل تنتهى بهذا التكليف مسئوليته ؟ أم تظل باقية رغم ذلك ؟

الأصل أن المشرع كفل جدية هذه الحماية القانونية التى قررها للعقارات المبنية بوجود مسئولين متضامنين عنها (٩٧) هما : المهندس المعمارى ، بوصفه واضعا للتصميمات ومشرفا على تنفيذها مراقبا له ، والمقاول ، بوصفه القائم بتنفيذ هذه التصميمات ، وبعثها إلى حيز الوجود المحسوس ، وعلى ذلك فمتى وجد هذان المسئولان تحقق قصد المشرع من كفالة الحماية وضمان جديتها .

---

(٩٦) راجع فيما سبق نص المادة المذكورة . ص ٧٣٣ .

(٩٧) م ١/٦٥١ مدنى مصرى . وراجع بالنسبة للوضع فى ظل القانون الفرنسى هامش ٢ ، ٣ ص ١٣٣ فيما سبق .

ولما كان واجب المهندس المعماري الثاني ، لايقتصر على مجرد الإشراف على التنفيذ ورقابته ، وإنما يتعين عليه أن يقوم بمراجعة وفحص التصميمات التي قدمها له رب العمل (٩٨)، قبل وضعها موضع التنفيذ . ولما كان من شأن هذه المراجعة أن تؤدي إلى إقراره لها إن اتضح له سلامتها أو تعديلها طبقا لما يراه صحيحا إن كانت غير ذلك (٩٩). كان مقتضى ذلك أن تعتبر هذه التصميمات وكأنها من وضعه ، بحيث تنسب إليه ، ويسأل عما يظهر بها من عيوب (١٠٠). وبذلك تتحقق الحماية التي أرادها المشرع . باعتبارهذا المهندس الثاني مسئولا عن التصميمات ، بالإضافة إلى مسئوليته عن التنفيذ - إلى جانب المقاول - باعتباره مشرفا له ومراقبا عليه .

محصله ذلك كله ، أن المهندس المعماري الذي لايكلف الإشراف والرقابة على تنفيذ ما وضعه من تصميمات ، لايكون مسئولا-كقاعدة متى أسند الإشراف والرقابة على التنفيذ إلى مهندس معماري آخر - عن عيوب هذه التصميمات التي غدت من مسئولية غيره، وإنما يسأل عنها أصلا ويضمن عيوبها المهندس المعماري الذي كلف بالإشراف والرقابة على تنفيذها بعد أن قام بفحصهاومراجعتها

---

(٩٨) وذلك حتى يتسنى له تنفيذها تنفيذا جيدا ، وعليه أن يقوم بهذا الفحص حتى ولو كانت التصميمات من وضع مهندس معماري آخر ،

(٩٩) نقض مدني فرنسي : في ١٨٨٨/١٠/٢٣ د.الدوري ١٨٨٩ -١ص ٩٠،وفي ١٩٦٠/١١/٩ .G.P ١٩٦١-١ص ٨٣، س باريس في ١٩-١١/١٩٥٩ .G.P ١٩٦٠-١-١٠٠ ، وفي ١٩٥٩/١٢/٢ G.P١٩٥٩-٢ص٣٤٨تعليق كومبا لديو Combaldieu ود.١٩٦٠٠ المختصر ص ٣٠ ١٩٦٠ص ٦٨، س أوران في ١٩٦٠/١/١٢ G.P.١٩٦٠-١ ص ١٨٣.

(١٠٠)مينفيل :السابق ، بند ١٣٩ ص ١٢٩ ، ويقرر إجماع الفقه الفرنسي على ذلك . وهو أمر يتفق - حقيقة - طبائع الأشياء أوبري ورو وإسمان . السابق ص ٤١٠ . ج .دلفو : السابق بند ٢٠٥ ص ٢٠٧ ، بيزوس : السابق ص ٧٨ ، نيجر : السابق

كما سبق أن بينا (١٠١).

وفى رأينا ، فإن القول بغير ذلك ، يدفع بهذا الأخير إلى التهاون فى مراجعة وفحص التصميمات المقدمة إليه من رب العمل، لمجرد أنه وجد عليها توقيع مهندس معمارى آخر ، سيكون مسئولا عنها أصلا إلى جانبه ، مما يحيل التزامه هذا إلى مجرد التزام نظرى ، فتفوت بذلك فرصة التوقى التى لاتعدلها بالتأكيد فرص العلاج .

وإذا كان هذا يجب - فى نظرنا - أن يكون هو الأصل فى حسم هذه المسألة ، إلا أننا مع ذلك نفرع عليه أنه إذا كان رب العمل قد أعلم المهندس المعمارى الذى قام بوضع التصميمات، بأن دوره سوف يقتصر على ذلك ، دون أن يتعداه إلى الإشراف على الأعمال ومراقبة التنفيذ ، فإننا نفضل إزاء ذلك ، أن يظل مسئولا عن أخطائه فى التصميمات التى وضعها ، إلى جانب المهندس المعمارى الآخر ، الذى أسندت إليه عملية الإشراف والرقابة .

بياننا لذلك ، أن إعلام رب العمل له بذلك ، يكشف عن مدى صدق إخلاصه ، وطيب نواياه فى عمله ، فإن كان مخلصا فى عمله طيبا فى نواياه ، بذل فى التصميم قصارى وسعه ، وكل علمه وفنه ، حتى يأتى على أحسن ما يكون التصميم ، خصوصا وأنه

= بند ٣٧ ص ٧٧ ، بريكمونت : السابق . بند ١٣ ص ٢٣، ٤١ ، ص ٤٥ ، فلام ولو باف السابق .بند ٦٩٢ ص ٣٨٩. وانظر س .بروكمل فى ١٩٥٠/١٢/١٢ مذكور فى بريكمونت هامش ١٥ ص ٣٧ .

وانظر فى الفقه المصرى : شنب : السابق . بند ١١٧ص ١٤٠ ، ياقوت : السابق . بند ١٢٩ ص ١٠٢ ، شكرى سرور ، السابق بند ٥٦ ص ٨٠.

(١٠١) مينفيبيل : الهامش السابق . وهامش ٤١٩ص ١٢٩- بريكمونت: السابق . بند ١٣ ص ٢٣ وانظر نقض مدنى فرنسى (عرائض) فى ١٩٢٩/٦/١٩ د. الدورى ١٩٣٠-١-١٦٩ تعليق مينفيبيل ، وفى ١٩٦٢/١/٢٢ د. ١٩٦٢ مختصر ص ١٠٠ .

يعلم سلفا ، أنه قد لاتتاح له فرصة تعديله بعد ذلك ، ما دام سوف لايشرف على التنفيذ ، وهذا طبع الكيس الفطن . وإن لم يكن كذلك ، بأن كان فاسد الطبع سيء الطوية ، فسوف لايخلص في عمله ، ولايعطي التصميم حقه من البحث والدراسة ، فإن أتى التصميم ، نتيجة ذلك ، مشوبا بالعيوب نم عن سوء نية واضعه وفساد طويته مما يستساغ معه القول ببقاء مسئوليته قائمة ، ولو قام على التنفيذ آخر من بني مهنتة (١٠٢).

جـ - مدى مسئولية المقاول الذي اقتصر دوره على التنفيذ عن عيوب التصميم الذي وضعه المهندس المعماري المكلف بوضعه من قبل رب العمل .

أوضحنا فيما سبق ، أنه طبقا لقواعد الاختصاص المهني في مجال التشييد والبناء ، يختص المهندس المعماري، أصلا ، بوضع التصميمات والمقايسات اللازمة للمشروع ، في حين يختص المقاول بتنفيذها ، فإذا ما أتت هذه التصميمات معيبة بعيب - أو عيوب - أدى إلى تهدم العقار المشيد كليا أو جزئيا ، أوهدده في متانته وسلامته ، أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشيء من أجله ، فما مدى مسئولية المقاول عن هذه العيوب ، إلى جانب المهندس المعماري واضع هذه التصميمات .

تشعبت آراء الفقه الفرنسي حول هذا الموضوع إلى ثلاثة شعب (١٠٣)بين مخل له تماما من المسئولية ، إلى ملزم إياه بها دائما ، إلى متوسط في الأمر بين هذا وذاك .

---

(١٠٢) قرب من ذلك جيلوت Guillot السابق ص ٤٥ : حيث يقرر تخفيف المسئولية عن المهندس المعماري في الحالة التي لايعلم فيها عند وضعه للتصميم بأنه سوف لايشرف على التنفيذ .

(١٠٣) هامونيك : السابق ، البنود من ٣٠٢ : ٣١٣ ص ٨٣ - ٨٥ ، ومن ٣٧٧ - ٣٩٤ ص ٩٩ - ١٠٤ .

وتفصيل ما أجملناه :هوأن أنصار الرأى الأول يقررون أنه متى كانت التصميمات والمقايسات موضوعة بمعرفة المهندس المعمارى ، وهو صاحب الاختصاص الأصيل بها ، والمسئول عنها ، فليس للمقاول - الغير متخصص فى الأمر - أن يعترض عليها ، أو أن يضعها موضع التمحيص والمراجعة ، وإلا كان من شأن ذلك ، أن يعرقل العمل ، ويعيق تقدمه ، ويورث الخلف والشحناء بين المهندس المعمارى والمقاول (١٠٤).

وعلى ذلك فما دام المقاول قد نفذ بكل أمانه ودقة وإخلاص ما أوكل إليه تنفيذه من تصميمات ومقايسات ، كما وردت إليه ، متبعا فى ذلك كل تعليمات المهندس المعمارى ، وأوامره ، سواء منها ما تعلق بكيفية التنفيذ ، أو ما اختص منها بتعيين المواد اللازمة له ، فإذا ما حدث وأن تهدم البناء بعد ذلك ، وقبل انتهاء مدة الضمان ، تهدما كليا أو جزئيا ، أو ظهر العيب المعتبر به ، نتيجة عيب - أو عيوب - فى التصميمات ، فإن المقاول لايكون مسئولا عن شىء من ذلك ، وتكون المسئولية كلها على المهندس المعمارى وحده ، الذى أتى بهذا التصميم المعيب (١٠٥).

أما أشياع مسئوليته ، فيقررون أنه وإن كان حقا أن على المقاول أن يخضع لأوامر المهندس المعمارى، وينفذ تعليماته بكل دقة وأمانة ، إلا أنه - قبل كل شىء - ملتزم بأن يسلم المالك بناء حسن الصنعة ، تام الأداء ، خاليا من كل العيوب

---

(١٠٤) هامونيك : السابق ، بند ٣٨٧ ص ١٠٢ ، مينڤييل : رسالته بند ١٣ ص ١٢٣ .

(١٠٥) هامونيك : السابق : بند ٣٠٧، ٣٠٨ ص ٨٣ ، ٨٤ ، ٣٧٨، ٣٨٢ ص ١٠٠ ، فريمى ليجنفيل وبريكى : السابق بند ١٢٣ لوباج : السابق ج ٢ ص ٤٥ ، سوردا السابق ، بند ٦٧٤، مينڤييل . الهامش السابق .

لاسيما الجسيم منها ، وألا يفترض لحظة أن المالك قد أعطى المهندس المعماري توكيلا لتشييد أبنية معيبة والحال أن المقاول رجل فن أيضا ، ومن المتخصصين في مجال التشييد والبناء، وغالب الأحيان ما يكون أكثر خبرة في فن توجيه البناء وإرداته من المهندس المعماري نفسه . فهل يقبل من رجل فن كهذا، خبير في مجال صنعته ، أن ينفذ عمدا - وبلا اعتراض أو تذمر ، ودون تمرد أو عصيان - عملا يعلم أنه معيب ، وذلك إضرارا برب العمل الذي لصالحه قرر المشرع أحكام هذه المسئولية الخاصة لذلك ، كان لابد من القول بمسئوليته دائما عن الأضرار الناتجة، عن عيوب التصميم الذي يضعه المهندس المعماري (١٠٦).

وحدا من التغالي الذي ذهب اليه كل من الرأيين السابقين ، نادى الفريق الثالث بالتوسط في الأمر والاتزان فيه ، دون إفراط أو تفريط ، فلا إعفاء دائما ، ولامسئولية أبدا ، ولذلك نجدهم يقررون : أن المقاول لايسأل عن تهدم أو تعيب في البناء الذي شيده ، أو المنشأ الثابت الذي أقامه ، عندما يكون قد نفذ بكل دقة وأمانة التصميمات ، والمقايسات التي وضعها المهندس المعماري، ولكن الحكم لايكون كذلك ، إذا كانت هذه التصميمات والمقايسات ، واضحة الفساد ، ظاهرة العيب ، كما لو كانت مخالفة لقواعد الفن ، التي لايمكن أن يجهلها مثل هذا المقاول المجرب ، والتي لابد وأن يلمحها من الوهلة الأولى .

---

(١٠٦) لوران : ج ٢٦ بند ٣٨ .جيلوت : السابق ص ٤٤ ، بيران وريبندي : السابق . بند ٢٧٨ هامونيك : السابق ، ٣٠٩، ٣١٠ ص ٨٤ ، ٣٧٩ ، ٣٨٣ ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وانظر نقض مدني فرنسي في ١٨٨٩/٣/١١ مذكور في هامونيك السابق بند ٣٩٧ ص ١٠٤ .

ففى هذه الحالة وأمثالها ، مما يمكن قياسة عليها ، لكى يعفى المقاول من أية مسئولية يكون منشأها عيب التصميم هذا ، لابد وأن يخطر المهندس المعمارى ورب العمل بما لاحظة أو اكتشفة من عيوب فى التصميم ، فإذا وجد أن المهندس المعمارى غير مستجيب لما أبداه . تطلب منه أن يعطيه أمرا كتابيا بتنفيذ التصميم ، بكل دقة ، وبما هو عليه ، على الرغم مما أبداه المقاول عليه ، وإحاطة رب العمل علما بذلك (١٠٧).

بعض مظاهر الخطأ فى التصميم :

سوف نقتصر فيها - منعا للإطالة - على الأخطاء التى توجب تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، أى تلك التى تؤدى إلى تهدم العقار أو تهدد متانته وسلامته أو تلك التى تجعله غير صالح لتحقيق الغرض منه .

أ - أخطاء أو عيوب التصميم التى من شأنها أن تؤدى إلى تهدم العقار كليا أو جزئيا ، أو تهدد متانته وسلامته :

من هذه الأخطاء ما يكون منشأه مخالفة قواعد الفن المعمارى ذاتها ، كما أن منها ما يكون مرجعه إلى مخالفة القوانين واللوائح المنظمة لهذا المجال من النشاط البشرى .

---

(١٠٧) هامونيك : السابق : ٣١١ - ٣١٢ ص ٨٤ : ٨٥ ، وهو من أنصار هذا الرأى . بودرى وفال : بند ٣٩٣٠ وهو يقرر:
"faute..sigrossière qu'un entrepreneur expérimente aurait du se refuser d'exécuter les travaux
"...défauts grossiers dans le plan exécuté"
جيلوار: الايجار ج٢ بند ٨٥٣

مينفيل: السابق بند ١٢٥ ص ١٢٢ وهو وإن كان من انصار الرأى الأول إلا انه يقرر
"Sans doute, s'il s'aperçoit de certains vice s'il doit les signaler".

وتتمثل الأولى : فى تصميم اساسات غير كافية لحمل البناء أو المنشأ الثابت الآخر • كأن تكون غير مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا كافيا ، أو أن تكون غير مستندة إلى طبقة صلبة فى باطن الأرض ، أو غير كافية كمًّا،من حيث عدد قواعدها،أو كيفا،كأن تكون نسب تكوينها على غير ما تقتضيه أصول الفن وقواعده ،ميلا إلى التوفير فى حديد التسليح ، أو الأسمنت أو مواد العزل أو غير ذلك(١٠٨) .

ونفس هذا يمكن أن يقال أيضا،بالنسبة للأعمدة ،والكمرات ، والأسقف والجدران ، وجميع الهياكل الحاملة للبناء،" مما يجعلها غير قادرة على استيعاب ما تتعرض له من زيادة فى التحميل لأى سبب من الأسباب ، ويميل بها إلى ناحية الضعف الذى يؤدى إلى ظهور العيب بها (١٠٩) .

كذلك قد تتمثل فى الخطأ فى قياسات الأبعاد المختلفة ، بحيث تكون غير متناسبة وسمك الأعمدة الحاملة ، أو الجدران ،أو الأسقف، أو الكمرات " الرابطة (١١٠) . أو فى قياس زوايا الارتفاع والانخفاض المختلفة ، على خلاف ما تقتضيه قواعد الفن ، وأصول الصنعة ،كأن يصمم ميل مظلة السقف بزاوية انخفاض قدرها ٢٥ درجة ، فى حين تقضى الأصول الفنية أن تكون ٤٠ درجة (١١١) .

كما يمكن أن تتمثل أيضا فى الخطأ فى تصميم المنافع العامة بالبناء ،كالخطأ فى تحديد أماكن دخول مياه الشرب وأماكن التغذية بها ،أو تحديد أماكن خروج مياه الصرف ، أو تصريف مياه الأمطار(١١٢)

١٠٨- مينفييل : السابق بند ١٢٨/٤ص ١١٩ ؛بريكمونت: السابق • بند ١٨ ص ٢٦ ،فلامولوياف :السابق ،بند ٦٩٠ص ٣٨٧ والقضاء المشار إليه فيها •

١٠٩- فتحى غيث " قانون المهندس " ص ١٠٢•

١١٠- مينفييل: السابق• بند ١٢٨/٤ص١١٩،بريكمونت :السابق • بند١٨ ص ٢٦ ،فلامولوياف : السابق ٦٩٠ص ٣٨٧ والقضاء المشار إليه فيها •

١١١- فلام ولوياف : الهامش السابق،ويشير إلى قرار تحكيم لييج• فى ١٩٦٢/١/٣ Bull arb.liege ١٩٦٢رقم ١٢٤ص٢١٧ ،نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ١٩٧٣/٦/١٩ بيلتان رقم ٤١٧ ص ٣٠١ •

١١٢- فلام ولوياف : الهامش السابق ويشير إلى محكمة بروكسل الجزئية فى١٩٥٠/٦/٢١ •

بحيث يمر بها بالقرب من قواعد ارتكاز البناء أو أماكن حملـه فتجعلها مهددة فى متانتها وصلابتها ، وكذلك تصميم أنابيب المداخن قريبة جدا من " الكمرات " والعوارض الخشبية (١١٣).

أو فى تصميم الأسقف بسمك مخالف لقواعد الفن وأصوله، مع اتساع فيه، دون تزويده " بكمرة" حاملة فى منتصفه ، بحيث تكفل له مقاومة أكيدة تحول دون سقوطه (١١٤).

أو فى وضع التصميم بشكل يجعل العقار دائما عرضة أمام التيارات العنيفة من الأعاصير والرياح ، ودون أن يكفل له درجة مناسبة من المقاومة لها (١١٥). بتعميق أساساته وتقويتها،ودعمه بالأربطة الخرسانية اللازمة بحيث تجعله يصمد لمثل هذه التيارات (١١٦).

أو وضع تصميم لبناء ،على خزان للمياه الجوفية ،أو بالقرب من شاطئ البحر ، دون اتخاذ الاحتياطات الكافية التى تتطلبها قواعد الفن وأصول الصنعة ،لتوقى أخطار ارتفاع المياه أو حدوث الفيضانات(١١٧). حتى ولو أخذت هذه الفيضانات طابع المفاجأة ، إذ أنها مما يدخل فى دائرة التوقع .

١١٣- ر . نيجر : السابق . بند ٣٣ ص ٧٠ .
١١٤- نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ١٩٦٢/١٠/٩. J.C.P. ١٩٦٢-٢- ١٢٩١٠ تعليق إسمان ، G.P. ١٩٦٢-٢ ص ٢٨٩،دالوز ١٩٦٣ص ١ تعليق ليت - فو - (بمناسبة سقف سينما وزنه أكثر من أربعة أطنان) .
١١٥- نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ١٩٦٥/٣/٩ بيلتان ١٩٦٥-١ رقم ١٧٤ ص ١٣١ ، G.P. ١٩٦٥-١ ص ٢٥ .
١١٦- كأن يبنى جدارا من ارتفاع ١٥ مترا دون أن يربطه بالجدران المتعارضة ، أو بكمرات رابطة داعمة أفقيا ورأسيا . فلام ولوياف : السابق . بند ٧٣٤ ص ٤٢٤ .
١١٧- مونبلييه الجزئية فى ١٩٥٩/٦/٢٦ G.P. ١٩٥٩ -٢ ص ٢٤٢،فى ١٩٦٠/٢/٩ A.J.P.I ١٩٦٠ - ٢ ص ٧٢ .

وعلى وجه العموم ،فإن المهندس المعمارى عند وضعه للتصميمات ، والمقايسات ،عليه أن يأخذ فى اعتباره حالة المكان المزمع إقامة البناء عليه من جميع جوانبه سواء منها ما تعلق بالتربة أو المناخ وكذلك من حيث حجم البناء، ومساحته ، وأحماله الحالة والمنتظرة ، وأوجه استعماله (١١٨). ولذلك فإن المهندس المعمارى الذى وضع تصميما لبناء ،أو منشأ ثابت آخر ، يصلح لمكان معين،يكون مسئولا عن عيوب هذا التصميم ، نتيجة تنفيذه - بناء على أوامر رب العمل - فى مكان آخر،يختلف عن المكان الأول - الذى أعد التصميم له - فى طبيعة تربته أو عوامل مناخه ،دون أن يدخل عليه من التعديلات ما يجعله يناسب المكان الجديد (١١٩).

كذلك ،فإن عليه (أى المهندس المعمارى) أن يبذل أيضا فى وضعه للتصميمات والمقايسات ما وسعه الجهد،وأن يضع كل إمكانيات علمه وخبرته ،كى يضمن للبناء متانة وصلابة كافيتين للصمود ومواجهة كل المتغيرات الجوية والأرضية ، التى قد تحدث فيما بعد، مما لا تدخل فى دائرة الكوارث والفواجع المفاجئة التى لا يمكن توقعها أو تحاشيها مما يعد من قبيل السبب الأجنبى المعفى من المسئولية (١٢٠). ولذلك قضى بمسئولية المهندس المعمارى الذى لم يتخذ الاحتياطات اللازمة ضد الحريق (١٢١).

٢- أما ما كان منها مرجعه إلى مخالفة القوانين واللوائح : فيمكن التمثيل لها بالتصميمات التى لا تراعى فيها ما تقرره تلك القوانين واللوائح من ضرورة النزول بالأساسات إلى عمق معين (١٢٢)،

١١٨- بريكمونت : السابق . بند ١٨ ص ٢٧ .
١١٩- مجلس الدولة الفرنسى فى ١٨٨٠/٧/٢٣ د. الدوري ١٨٨١-٣ص ٣٧١ .
١٢٠- بريكمونت : السابق . بند ١٨ص٢٧ وأحكام القضاء البلجيكى المشار إليها فى هامش ٢٩ بها ، شكرى سرور : السابق بند ٣٤ص ٥٥ .
١٢١- بلانيول وريبيروروابست : حـ١١ بند ص ١٩٤، نقض مدنى فرنسى فى ١٩١٤/٦/١٦ مذكور فى بريكمونت : ص ٢٧ هامش ٣٠ .
١٢٢- مينغيبل : السابق . بند ١٢٨/٥/ص ١١٩، بند ٢٢٠ ص ١٨١ ويشير إلى نقض جنائى فرنسى فى ١٩٦٣/٦/٢٥،س .بوردو : فى ١٨٦٤/٤/٢١ د. ١٨٦٥ - ٢ ص ٣٩ .

بالنظر إلى طبيعة الأرض، وارتفاع البناء المزمع انشاؤه، واستعمالاته المعد لها .

أو من ضرورة أن تكون الجدران من سمك معين[١٢٣]، رقة وكثافة، حسب مكانها من البناء، ارتفاعا أو انخفاضا، داخليا أو خارجيا، داعمة أو غير داعمة، وهكذا .

أو من ضرورة أن تكون الأساسات أو الركائز أو الأعمدة الخرسانية بنسب معينة من مواد تكوينها المختلفة (من حديد التسليح والأسمنت والمكونات الأخرى للخرسانة المسلحة) .

أو أن تكون من أحجام معينة، مأخوذا فى الاعتبار بعدها أو قربها بعضها البعض، أو الأحمال المعدة لحملها[١٢٤]، أو أن تشترط أن يكون ذلك من مواد معينة، كحديد تسليح من نوع خاص، أو إسمنت من صنف معين . وهكذا .

وجدير بالذكر، أن مخالفة التصميم لما تقضى به القوانين واللوائح فى هذا الخصوص، يعرض البناء أو المنشأ الثابت الأخر للتهدم الكلى أو الجزئى، أو يهدد متانته وسلامته بالخطر .

كذلك قد تكون المخالفة منصبة على الناحية التنظيمية، كتجاوز خط التنظيم، أو تجاوز قدر الارتفاع المسموح به، أو القدر المسموح به فى البروزات أو المظلات . أو وضع تصميم مخالف كلية للنمط المعمارى السائد فى المنطقة أو الحى أو المدينة، والذى تحتمه قوانين ولوائح التنظيم المختصة بهذه الأماكن[١٢٥] أو مخالفة

١٢٣- مينفيل : الهامش السابق . بويكمونت : السابق . بند ٢٦، س . ر يوم فى ١٩٣٥/١١/٢٩ R.J.I. ١٩٣٦ رقم ٨٩٠ .

١٢٤- مينفيل : الهامش السابق .

١٢٥- بريكمونت : السابق . بند ١٩، ص ٢٧ وبشير إلى س . باريس فى ١٩٠٨/١١/١ مجموعة الملكية والمبانى ١٩٠٩ ص ١٤٩، لابان : السابق : ص ٨٢ والأحكام المشار إليها فى هامش ١، ٢ بها . شكرى سرور : السابق بند ٤١، ص ٦٣ . ياقوت : السابق . هامش ٢٣١ ص ١٠٣، بالنسبة للمظلات : س ليون فى ١٩٤٩/٥/١٦ سيرى ١٩٥٠ - ٢ ص ٢٧ .

التصميم للنمط من الواجهات (١٢٦). الذى تتطلبه تلك القوانين واللوائح .

أما عن المخالفات المتمثلة فى إهدار حقوق الارتفاق أو غير ذلك من الموانع القانونية الأخرى فمع أننا نحيل بشأنها إلى ما سبق أن ذكرناه بمناسبة فحص ودراسة الأرض المعدة للبناء عليها (١٢٧) ، إلا أنه من المناسب أن نضيف ، أن من حق المهندس المعمارى أن يرفض أى إقرارات أو بيانات شفوية ، يعطيها له رب العمل ، فقد يقوم هذا الأخير - مع توافر حسن نيه - بيانات غير مطابقة للواقع ، أو غير كاملة ، ولذلك كان للمهندس المعمارى الحق فى أن يطلب الأطلاع على المستندات الأصلية للملكية ، فإذا رفض رب العمل إطلاعه عليها لأى سبب كان ، وجب على المهندس المعمارى أن يأخذ كافة الاحتياطات ويتحرز بكل التحفظات فى هذا الخصوص ، كى يتوقى بها كافة أنواع المسئولية (١٢٨).

ولكن الارتفاقات التى يمكن أن يسأل المهندس المعمارى عن إهدارها فى تصميمه ،هى الارتفاقات الظاهرة ، التى يمكنه التوصل إلى معرفتها عن طريق ما هو متاح له من بيانات وأوراق ، أما الارتفاقات الغير ظاهرة ، والتى ليس بمكنته أن يتوصل إليها ،بما عنده من مستندات وإقرارات ، فلا يكون مسئولا عنها ، ومن باب أولى إذا كان المالك قد أخفى ، غشا منه ، بعض هذه الارتفاقات عن المهندس المعمارى (١٢٩) .

١٢٦- بريكمونت : الهامش السابق ،وانظر على وجه العموم فى مسئولية المهندس المعمارى عن مخالفة القوانين واللوائح: بول موسيه "P.Mosset "
" De la responsabilite´ des architectes en matière D'inobsérvation de lois, de réglements ou de dispositions conventionnelles" A.J.P.I. 1965 P.553 et s.

١٢٧- راجع : فيما سبق ص ٦٧٤ ،وما بعدها، وأنظر فى هذا الموضوع بصفة عامة :
LAMBERT-Pieri (U.C.) " Construction immobilière et dommages aux voisins " Paris 1982.

١٢٨- مينفييل : السابق بند ٢٨/٧ ص ١٢٠ .

١٢٩- مينفييل : السابق ، بند ٢٢٦ ص ١٨٤ وهامش ٦٢١ بها ،بند ٢٩٤ ص ٢٣٤ وهامش ٧٨٨ بها ، شكرى سرور : السابق ، بند ٤٣ ص ٦٥ .. والمراجع والأحكام المشار إليها فى هامش ٧٩: ٨١ بها .

ب - أخطاء أو عيوب التصميم التى من شأنها أن تجعل البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، غير صالح لأداء الهدف الذى شيد من أجله .

يمكن حصر هذا النوع فى ثلاث مظاهر: إغفال الغرض من البناء ذاته ، أو إغفال الجانب الجمالى فيه ، أو إهدار عوامل الراحة والأمان فى استعماله .

١- فإغفال الغرض من البناء ذاته مقتضاه أن يضع المهندس المعمارى تصميما لبناء يختلف فى الغرض الذى يفى بـه ، عن الغرض الذى أراده رب العمل . وطلب من المهندس أن يصمم له :

من ذلك : أن يطلب رب العمل من المهندس المعمارى أن يضع له تصميم شقة بسيطة فيضع له هذا تصميم شقة لشخص من الطبقة العليا فى المجتمع ، أو أن يطلب منه تصميم " ڤيلا " فيضع له تصميم قصر منيف ، أو تصميم مبنى إدارى ، فإذا به يصممه مبنى سكنى أو أن يطلب منه تصميم مستشفى ، فيصممه على أنه مدرسة ، أو حظيرة خيول فيصممه على أنه حظيرة مواش أو أغنام ، أو أن يطلب تصميم شىء من ذلك لعدد معين ، يحدده له ، فإذا به يصممه لعدد يقل أو يكثر عن العدد المحدد وهكذا (١٣٠) .

أما إذا لم يحدد رب العمل الغرض الذى يقصده من البناء ، تحديدا دقيقا ، طبقا لمقصوده فيقرر بريكمونت - بحق - أنه لا تثريب على المهندس المعمارى أن يصممه مستجيبا للاستعمال المألوف من نوع هذا الغرض . ويمثل لذلك بأنه ، إذا طلب المالك من المهندس المعمارى أن يضع له تصميم جراج للسيارات دون أن يحدد بدقة نوع السيارات التى يريد أن يستغله فى إيوائها فلا مسئولية على المهندس المعمارى ، أن يصمم للسيارات المألوفة ، وإن لم يستجب لغرض إيواء شاحنات كبيرة جدا ، غير مألوفة طولا

١٣٠- أنظر فى بعض هذه الأمثلة : سينفيبل : سابق ، بند ١٢٨ ص ١١٨ ، بريكمونت : السابق ، بند ١٦ ص ٢٦ ، شكرى سرور : السابق ، بند ٣١ ص ٥٣ ، ويعلق سيادته فى آخر الفقرة على أنه مظهر مما يندر تحققه .

أو أرتفاعا[١٣١] .

ويمكننا أن نقيس على ذلك الكثير من الأمثلة ، أبسطها أن يطلب من المهندس المعمارى تصميم كوبرى على النيل دون أن يبين له الحد الأعلى للحمولة أو الأرتفاع المطلوب استخدامه لهما . فلا ملامة عليه أن يصممه طبقا للمألوف من هذا ، فإن هو لم يسمح بمرور شاحنات ذات أحمال أكبر أو أرتفاعات أعلى ، فليس فى ذلك مسئولية على المهندس المصمم . وهكذا .

٢- أما اغفال الجانب الجمالى فى المبنى : فقد يكون أحيانا من أسباب جعل البناء غير صالح لتحقيق الهدف الذى أنشئ من أجله ، إذا كان هذا الجانب الجمالى فى البناء يمثل أهمية كبرى بالنسبة لهذا الهدف . كما لو كان المبنى المطلوب تصميمه فندقا مخصصا لاستقبال نزلاء من ذوى الاهتمامات الفنية والجمالية ، أو دار لعرض مختلف أعمال الفنانين من رسامين ، ونحاتين ، ومصورين ، إلى غير ذلك ، أو مطعما من طراز معين ، يرمز لبلد معين ، أو يجسد فن فترة زمنية محددة لهذا البلد ، فلو صمم مهندس معمارى بناء من هذا النوع ، من نمط أو طراز " style " يختلف عن النمط أو الطراز المطلوب ، أو من ذوق " gôut " يختلف عن الذوق المرغوب إبرازه فى البناء أو غالى فى أعمال الزينة "الديكورات Décorations " فيه إلى حد الإفراط الذى تمقته النفس[١٣٢] ، فإنه بذلك يكون قد جعل البناء غير صالح لتحقيق الهدف المنشود من إنشائه . ويصبح لقاء ذلك مسئولا طبقا لأحكام هذه المسئولية ، لما شاب البناء من عيب - مصدره التصميم - جعله غير صالح لتحقيق الهدف المقصود من تشييده .

١٣١- الهامش السابق . وأنظر بروكسل الجزئية فى ١٩٣٤/٢/١٩ . R.J.I. ١٩٣٤ رقم ٥٠٤ مذكور فى هامش ١٩٠ ص ٢٦ منه .

١٣٢- مينفييل : السابق بند ١٢٨/١ ص ١١٨ ، بريكمونت : السابق . بند ١٥ ص ٢٥ ، شكرى سرور : السابق . بند ٣٦ ص ٥٦ ، ٥٧ ،

ويدعو البعض إلى شدة التحرز والحيطة فى هذه المسألة ، قبل إدانة المهندس المعمارى ، ذلك أن المسائل الجمالية مسائل نسبية ، تختلف من شخص إلى آخر ، ومن غرض إلى غرض ، ومن مكان إلى مكان ، ومن عصر لعصر ، فعناصر التقدير فيها تستند إلى الاعتبار الشخصى ، أكثر من استنادها إلى الاعتبار الموضوعى(١٣٣) .

٣- كذلك فإن إهدار عوامل الراحة والأمان ، فى استعمال البناء ، قد يجعله أحيانا غير صالح لتحقيق الهدف المنشود منه . مثال ذلك : تصميم مصحة لمرضى الأمراض العصبية ، غير مستوفية لمقتضيات العزل الصوتى ، مما يجعلهم دائما فى اضطراب مستمر . أولمرضى " الروماتيزم " غير مزودة بعوامل التدفئة المناسبة . أولمرضى الصدر ، تنقصها عوامل التهوية ، التى يتطلبها هذا النوع من المرضى . أو لمرضى العيون وترتفع فيها درجة الإضاءة الطبيعية أو الصناعية إلى حد لا يريح عيون المرضى .

وكذلك ، التصميم على أساس تخصيص مكان لا يكفى إلا لمصعد واحد ، فى بناء يحتاج إلى أكثر من مصعد ، أو لايكفى إلا لمصعد صغير ، فى حين يحتاج البناء إلى مصعد كبير ، حتى يوفر الراحة المطلوبة للساكنين ومستلزماتهم صعودا أو هبوطا(١٣٤) . أواعتماد نوع من المصاعد لا تتوافر فيه الضوابط المطلوبة لتأمين سلامة مستعمليه .

ومن هذا القبيل أيضا ، تصميم سلم العمارة بحيث يصعب على الساكنين استعماله فى الصعود والنزول الفردى ، بله الجماعى ، أو الصعود والنزول بقطع الأثاث من الحجم العادى الذى يتلاءم مع غالب المواطنين(١٣٥) ، أو تصميمه بالإضافة إلى ضيق مساحته ،

١٣٣- أ. دلفو : السابق . بند ٦٣٩ . بريكمونت الهامش السابق ، شكرى سرور : الهامش السابق .

١٣٤- فلام ولوياف : السابق . بند ٦٩٠ ص ٣٨٧ ، نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٥٨/٥/١٣ بيلتان رقم ١٨٨ ص ١٥٤ .

١٣٥- أ. دلفو : حـ ٢ بند ٦٣٩ ، بريكمونت : السابق ، بند ١٧ ص ٥٢٦ .

على الشكل المروحى ،وبزاوية ارتفاع تكاد تقترب من القائمة ، بحيث يترتب على ذلك ارتفاع مفرداته من الدرجات عن الحد المعقول اللازم لراحة الساكنين فى الصعود والهبوط (١٣٦).

أو أن تكون أماكن دخول السيارات إلى داخل الجراج بالأدوار تحت الأرض مصممة على زوايا ميل أكبر من الحد المعقول ، مما يجعل السيارة على خطر انزلاقها بانقلات فراملها ، مما يقتضى من قائدها درجة عالية من المهارة واليقظة فى استعمالها ،أو أن تكون الممرات الداخلية فيه على زوايا بالغة فى الحدة ، بحيث تجعل فرص التصادم عالية، سواء بالسيارات الأخرى ، أو بالأعمدة والجدران (١٣٧).

ويدخل فى هذا النوع أيضا ،أن يصمم سمك الجدران الخارجية بالبناء ، بحيث لا يمكنه أن يقى من بالداخل قيظ الصيف ، أو زمهرير الشتاء (١٣٨)، أو عدم تزويدها والأسقف والأرضيات بعوازل الرطوبة والحرارة اللازمة ، أو تزويدها بها ولكن من صنف ردئ لا يوفر الراحة الكافية فى الاستعمال ، وكذلك عدم اشتمال التصميم على الاحتياطات الكافية ضد الحريق مثلا (١٣٩).

وهكذا يتضح لنا كثرة أنواع الأخطاء التى يمكن أن تشوب التصميم وتنوعها ، مما يستوجب على المهندس المعمارى ، أن يبذل فى هذا العمل ، عصارة فكره ، وقصارى جهده ، ومبلغ علمه وفنه ، مراعيا فى وضعه ، ما تقضى به القوانين واللوائح ، وما توجبه قواعد وأصول الفن المعمارى ومعطيات المهنة . بحيث يخرجه على الوجه اللائق بحمل اسمه ، خاليا من كل عيب ، بعيدا عن كل شائبة ،

١٣٦- مينفييل .السابق بند ٣/١٢٨ ص ١١٨ ،بريكمونت : الهامش السابق، ويشير إلى بروكسل الجزئية فى ١٩٥٩/٤/٢٨ R.J.I. ١٩٥٩ رقم ٣٦٣٤ .

١٣٧- قرب من هذا : مينفييل: الهامش السابق ،فلام ولوياف بند ٦٩٠ص٣٨٧ ويشير الى س بروكسل فى ١٩٤٢/١٠/٥ .

١٣٨- بريكمونت .السابق . بند ١٨ص٢٦ ،ويشير فى هامش ٢٢ بها إلى س ريوم Riom فى ١٩٣٥/١١/٢٩ سابق .

١٣٩- بلانيول وريبيروواست : جا١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤ .

حتى وإن كان المقابل عنه زهيدا ، أو الأجر فيه يسيرا ، فإن هذا لن يعفيه من المسئولية ، جنائية ومدنية (١٤٠)، خصوصا إذا علمنا خطورة ما يترتب على التقصير فيه من حوادث ، وبشاعة ما يحدث بسبب الخطأ فيه من كوارث .

وعلى هذا تنص المادة ٢٢ مكرر من القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء، فى مصر ، والمعدل بالقانون رقم ٣٠ لسنه ١٩٨٣ على أن " تكون العقوبة بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على عشر سنوات ، وغرامة لا تقل عن ٥٠ ألف جنيه ، ولا تزيد على قيمة الأعمال المخالفة ، وذلك بالنسبة للجرائم التى ترتكب بطريق العمد أو الإهمال الجسيم بعدم مراعاة الأصول الفنية فى التصميم ... أو أستعمال مواد غير مطابقة للمواصفات ، وفضلا عن ذلك .. يشطب من سجلات نقابة المهندسين اسم المهندس المصمم ... وذلك للمدة التى تقررها المحكمة فى الحكم ،... وفى حالة العود يكون الشطب نهائيا... (١٤١) " .

جـ - وكثيرا ما يتمثل الخطأ فى التصميم فى الخطأ فى المقايسات التى يضعها المهندس المعمارى عند وضعه للتصميم (١٤٢)، والمقايسات التى قد يترتب على الخطأ فيها تهدم فى البناء، أو تعيبه بعيب يهدد متانته وسلامته هى المقايسة الوصفية Le devis descriptif والمقايسات الكمية Le devis quant-itatif ويحسن أن نعرف كل نوع منها مردفين عليه بيان مظهر الخطأ فيها ومدى جسامته .

المقايسة الوصفية : هى عبارة عن بيان كتابى يضعه المهندس المعمارى ، يوضح فيه أنواع المواد المختلفة اللازمة لتنفيذ التصميمات التى وضعها ، وطبيعة كل نوع ، وصفاته وخصائصه التى

١٤٠- بودرى وفال السابق بند ٣٩٣٢، بريكمونت:السابق بند ١٣ص٢٣وبشير إلى بروكسل المدينة فى ١٩٤٨/١١/١٦ . B.J.I ١٩٤٩ ص ١٤١ ،محمد كامل مرسى.السابق بند ٥٩٧ ص ٥٠٠،باقوت :السابق.هامش ٢٣٠ص١٠٣ .

١٤١- شكرى سرور:السابق ص ٥٤ هامش ٤٠ وأنظر أيضا: حامدعبدالحليم الشريف . السابق ، ص ٢٦٦: ٢٧٠ .

١٤٢- هامونيك : السابق بند ٤٠٧ ص ١٠٦ .

تميزه عن غيره ، وكيفية استخدامها (١٤٣).

ومظهر الخطأ فى هذه الحالة هو أن يقرر المهندس المعماري موادا لا تصلح بطبيعتها ، أو بعوامل أخرى مساعدة ،لإقامة البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، المزمع إقامته ، أو أن تكون هذه المواد حديثة الاستعمال أو الابتكار ، بحيث لم تثبت بعد صلاحيتها المؤكدة فى مثل هذا العمل (١٤٤). أو أن يكون وصفه لها ،وبيانه لخصائصها ، غير كاف للحيلولة دون الوقوع فى الخطأ عند الحصول عليها ، من قبل المقاول أو رب العمل ، على حسب الأحوال ، وطبقا لمن سيقوم بالتوريد منهما ، كذلك أن يجئ بيانه لأسلوب استخدامها غير كاف ، أو غير واضح ،أو ليس بمحكم ، مما يفتح باب الاجتهاد أمام المقاول ، ويتيح له فرصة الاختيار بين هذه الطريقة أو تلك (١٤٥).

والمهندس المعمارى بوقوعه فى مثل هذه الأخطاء ، عند وضعه لهذا النوع من المقايسات ، يعرض نفسه للمساءلة طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، محل الدراسة ، إذا أدت هذه الأخطاء - كما سبق القول - إلى تهدم كلى أو جزئى فى العقار ، أو أن يعتريه من جرائها عيب - أو عيوب - يهدد متانته وسلامته ، أو يجعله غير صالح للهدف الذى أنشئ من أجل الوفاء به .

أما المقايسة الكمية : فهى على العكس من المقايسات الوصفية - لاتتعلق بكيف المواد اللازمه لتنفيذ التصميم ،وإنما تختص ببيان كمها ، سواء تعلق هذا الكم ببيان النسب المختلفة

١٤٣- هامونيك : السابق ،بند ٤١٠ص ١٠٦، ١٠٧، مينفييل:السابق بند ١٢٩ ص ١٢٠ ،بريكمونت:السابق،بند ٢ص ٢٨ شكرى سرور بند٢٦ص ٤٧ .

١٤٤- بريكمونت:الهامش السابق،فلام ولوياف:السابق بند ٦٩٠ ص ٣٨٨،ويشير الى س بروكسل فى١٠/٦/١٩٦٠ .Res. jura imm ص٢٦٧،شكرى سرور: السابق ،بند٤٤ص ٦٧ ،مجلس الدولة الفرنسى فى١٢/٢/١٩٦٤د-الأسبوعى ١٩٦٤ص ١١٧ .

١٤٥- فلام ولوياف:السابق ،بند ٦٩٠ ص ٣٨٨،ويشير إلى س ،بروكسل فى ١/٧/١٩٣٢ . كما أشار إليه أيضا بريكمونت فى هامش ٣٦ص ٢٨ منه ، شكرى سرور:الهامش السابق.ويشيرفى هامش ٨٨ إلى س،بروكسل السابق، وأنظر أيضا نقض مدنى فرنسى(الدائرة ١) فى ١٨/٧/١٩٥٥ د. ١٩٥٥ ص ٧٣٢،رن فى ٩/١/١٨٦٩ مذكور فى هامونيك بند ٤٢٦ ص ١١٠ .

لكل من المواد المستخدمة فى البناء،والتى باندماجها معا،وصبها فى قوالبها المعلومة ، ينتج هيكل البناء المراد تشييده،أوتتعلق ببيان الكميات الإجمالية من المواد ،المطلوب الحصول عليها لتشييد البناء (١٤٦).

ومظهر الخطأ فى هذا النوع من المقايسات ، يتعلق أكثر بالكم النسبى ، وليس بالكم الإجمالى ،إذ أن الخطأ فى حساب الكم النسبى ، هو الذى يترتب عليه فساد التركيبة العضوية التى سيتكون منها البناء فى النهاية ، كأن تكون الخرسانة المسلحة مكونة من نسب متفاوتة جدا من المواد المختلفة ،أو تكون نسبة حديد التسليح غير كافية بدرجة غير مألوفة .

ولاشك أن فساد هذه التركيبة ، مما يترتب عليه - حسب نسبته- حدوث تهدم فى البناء ، كليا كان أم جزئيا ، أو ظهور عيب به يهدد متانته وسلامته ، أو يجعله - على الأقل - غير صالح للهدف الذى أنشىء من أجله . مما يستوجب مسئولية المهندس المعمارى واضع هذه المقايسات المعيبة أو التى كان من نتيجتها حدوث هذه الأضرار بالبناء .

مدى مسئولية المهندس المعمارى من الخطأ فى تصميم أعمال الخرسانة المسلحة وحساباتها التى يضعها مهندس أو مكتب دراسات متخصص فيها :-

أقتضى التطور التقنى والعلمى ، فى مجال التشييد والبناء، والتوسع العمرانى ، الرأسى والأفقى ، المتمثل فى عصرنا الحاضر، فى الأبراج وناطحات السحاب ، أن يسبغ على أعمال الخرسانة المسلحة والأساسات أهمية خاصة ،وأن تنفرد بدراسات متخصصة متعمقة (١٤٧).

١٤٦- مينفييل:السابق . بند ١٢٩ص ١٢٠ ،بريكمونت:السابق بند٢٢ص ٢٩ ، شكرى سرور السابق . بند ٢٦ ص ٤٧ .

١٤٧- س . باريس فى ١٩٥٩/١٢/٢ G.P. ١٩٥٩-٢ ص ٣٤٨ تقرير المدعى العام M.Combaldieu.

ولما كنا قد انتهينا - فى أكثر من موضع فيما سبق من هذه الدراسة [١٤٨] - إلى أن المناط فى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، هو بالصفة الفعلية ، أى بالمباشرة ، وليس بالصفة الحقيقية أو اللقب . ولما كانت هذه الأعمال (أى أعمال الخرسانة المسلحة للأساسات وحساباتها) بحسب طبيعتها جزءاً لا يتجزأ من مهمة المهندس المعمارى فى الأصل [١٤٩] ، لذلك فإن من يباشرها يكون فى حكم المهندس المعمارى ، ويسأل بالتالى - طبقاً لأحكام هذه المسئولية الخاصة - عن الأخطاء التى ترد بها ، متى توافرت شروط هذه المسئولية ، وموجبات تطبيق أحكامها .

ولاشك أن من بين شروط هذه المسئولية ، هو شرط وجود ، أو قيام ، عقد مقاولة (أى عقد إجارة عمل ، بين هذا المهندس المتخصص ، أو مكتب الدراسات الفنية المتخصص فى هذه الأعمال ، وبين رب العمل ، كلفه فيه هذا الأخير بالقيام بهذه الأعمال [١٥٠] ، فإن توافر هذا الشرط ، ووجد هذا العقد بينهما ، كان لاشك فى قيام مسئولية مباشر هذه الأعمال ، بمقتضاه ، عن الأخطاء التى تقوم بها ، وذلك فى مواجهة رب العمل مباشرة [١٥١] ، وهذا هو ما أستقر عليه كل من الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا [١٥٢] حتى قبل تدخل المشرع

١٤٨- آخرها ص ٧٢٨ ومابعدها . فيما سبق .

١٤٩- أنظر بسطا أكثر لهذه المسألة : فى سوان: المرجع السابق حـ ٢ بند ٥٤/٢ ص ٥٩٨ ، كاستون: السابق بند ٤٠٦ ص ١٨٩ ، نقض مدنى فرنسى فى ١٩٣١/٥/١١ فى المجلة القانونية والمالية للمقاولات ١٩٣١ ص ٥٠٣ صادر بصدد أخطاء فى حسابات الخرسانة المسلحة .
وأنظر عكس ذلك : فلام ولوياف : بند ٦٩٩ ص ٣٩٣ . حيث يرى أن هذه الأعمال لا تدخل ضمن مهنة المهندس المعمارى .

١٥٠- راجع فيما سبق من ص ٧٥ : ص ٨١ .

١٥١- بريكمونت : السابق ، بند ٢٨ ص ٣٢ وما بعدها . جابولد: مقاله السابق . بند ٢/٢١ ، شكرى سرور: السابق بند ٥٠ ص ٧١ ، مجلس الدولة الفرنسى: فى ١٩٦٥/١١/٥ .J.C.P ١٩٦٦ - ٢ - ١٤٥٤٠ ، ١٩٦٥/١٢/١٥ مج ليبون ١٩٦٥ ص ٦٩١ ، س . بروكسل فى ١٩٦٢/١/٢٢ . R.J.I. ١٩٦٣ رقم ١ ص ٣٩ مذكور فى بريكمونت هامش ٤٧ . ص ٣٢ .

١٥٢- راجع فيما سبق من ص ٤٢٦ : ص ٤٣١ .

الفرنسى بالقانون رقم ٣ لسنه ٦٧ سالف الذكر . وهو ما قننه أيضا المشرع الفرنسى - كما سبق أن بينا - بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ بتعديله للمادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ،بحيث جعلهما يضمان ضمن نطاق تطبيقهما الشخصى - بالإضافة إلى المهندس المعمارى والمقاول - كل من يتدخل فى المشروع ، تصميما أو تنفيذا، بناء على أرتباطه مع رب العمل بعقد مقاولة (١٥٣).

أما إذا كان عقد المقاولة ، الذى كلف بمقتضاه مهندس أعمال الخرسانة المسلحة ، بوضع تصميماتها وعمل حساباتها ، لا يربطه مع رب العمل نفسه ، وإنما يربطه بالمهندس المعمارى المكلف بالمشروع ، والذى أرتأى - لأهمية المشروع وضخامته -أن يلجأ بالنسبة لهذه الأعمال إلى مهندس استشارى ،أو إلى مكتب دراسات فنية متخصص ، فإن هذا العقد الذى يربطهما ،هو عقد مقاولة من الباطن(١٥٤) ، يسأل بمقتضاه المهندس الاستشارى ، أو مكتب الدراسات ، أمام المهندس المعمارى ، عن أخطائه فى هذه الأعمال وليس أمام رب العمل ، فهذا الأخير يسأل أمامه المهندس المعمارى نفسه ، المرتبط معه بعقد المقاولة الأصلى ، والذى كلف بمقتضاه ، وضع تصميمات المشروع وعمل مقايساته (١٥٥).

كذلك الحال ، إذا كان من تعاقد معه استشارى أعمال الخرسانة المسلحة هو المقاول وليس رب العمل ، فانه فى هذه الحالة لا يسأل أمام هذا الأخير ، سوى المقاول الأصلى ، بمقتضى عقد المقاولة الأصلى ، الذى كلف فيه بتنفيذ المشروع ، أما أستشارى أعمال الخرسانة المسلحة فلا يسأل إلا أمام المقاول الأصلى بموجب عقد المقاولة من الباطن الذى يربطه وإياه (١٥٦).

١٥٣- راجع فيما سبق من ص ٤٥١ : ٤٦٠ .

١٥٤- راجع فيما يتعلق بالمقاولة من الباطن ماسبق أن قدمناه من ص ٤٣٢: ٤٤٩

١٥٥- فلام ولوياف :السابق ،بند ٦٩٩ مكرر ٣ ص ٣٩٥ ويشير الى م روان فى ١٩٥٦/٥/٧ ،ص . Reims فى ١٩٦٣/١١/٢٠ La construction ١٩٦٦/٧/٢ ص ١٢ ، جابولد . مقاله السابق ،بند ١/٢١ ويشير إلى مجلس الدولة فى ١٩٦٧/٦/٢١. Req. ٥٨٦٢٩ .

١٥٦- جابولد : الهامش السابق .

بقى فى هذه النقطة سؤال يطرح نفسه هو : هل يسأل المهندس المعمارى عن الأخطاء فى تصميم وحسابات أعمال الخرسانة المسلحة التى قام بها استشارى أو مكتب فنى متخصص فيها، كلف بعملها من قبل رب العمل أو المقاول ؟

الاجابة على هذا السؤال تقتضى التفرقة بين أمرين :

أولهما : أن يكون المهندس المعمارى قد كلف من قبل رب العمل بوضع تصميمات البناء أو المنشأ الثابت الآخر، وعمل مقايساته فقط دون أن يكون مكلفا بالأشراف والرقابة على التنفيذ وفى هذه الحالة لا نعتقد أن يسأل المهندس المعمارى عن الأخطاء التى تتضمنها تصميمات وحسابات أعمال الخرسانة المسلحة التى قام بوضعها المتخصصون فيها، دون عقد معه أو تكليف منه (١٥٧).

أما الأمر الثانى والأخير، فهو : أن يكلف المهندس المعمارى من قبل رب العمل بالقيام بمهمتى وضع التصميمات وعمل المقايسات وكذا بالإشراف والرقابة على تنفيذها، أو أن يكون ملكلفا بالمهمة الثانية دون الأولى (١٥٨). وفى هذه الحالة يجب عليه أن يراجع ويفحص تصميمات وحسابات أعمال الخرسانة المسلحة، التى قام بوضعها المتخصصون فيها، سواء كان تكليفهم بوضعها من قبل رب العمل، أو من قبل المقاول (١٥٩)، وألا يضعها موضع التنفيذ إلا إذا تأكد من سلامتها وصلاحيتها له، فإذا ثبتت له هذه الصلاحية نفذها، وإلا وجب عليه أن يخطر المالك وواضع هذه التصميمات والحسابات بما أتضح له فيها من عيوب، وما تكشف له بها من مآخذ (١٦٠).

١٥٧- بريكمونت: السابق . بند ٢٨ص ٣٢،ويشير إلى حكم Anvèrs الجزئية فى ١٩٥٦/٧/١٤،شكرى سرور : السابق . بند ٥٠ ص ٧١ .

١٥٨- راجع فيما سبق ص ٤١٣ وما بعدها .

١٥٩- ومن باب أولى إذا كان هو من كلفه بهذه المهمة .

١٦٠- تنفيذ الالتزامه بالنصح والإرشاد ،راجع فى شرح هذا الالتزام على عاتق المهندس المعمارى : شكرى سرور : ٨٢،٧٤ ص ٩٨ ، ١١٠ .

فإذا قام من وضع هذه التصميمات والحسابات المعيبة بإصلاحها استجابة لما طلبه المهندس المعمارى ، فقد كان له ما أراد من إصلاح ، أما إذا لم يستجب إلى ما طلب كان عليه أن يمتنع عن التنفيذ ، إذا كان من شأن هذه العيوب أن يؤدى إلى تهدم فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، المزمع تشييده ، أو أن تهدده فى متانته وسلامته ، أو تجعله غير صالح للهدف الذى شيد من أجله وإلا كان مسئولا عن هذه العيوب إلى جانب من قامت بأعماله (١٦١) .

وأساس مسئوليته فى هذا الخصوص - فى تقديرنا - هو تقصيره فى التزامه بفحصها ومراجعتها قبل وضعها موضع التنفيذ (١٦٢) ،تماما كحالة المهندس المعمارى الذى يطلب منه رب العمل أو المقاول الإشراف والرقابة على تنفيذ تصميمات أتاه بها . حتى وإن كانت هذه من عمل مهندس آخر من نفس طائفته . قد يقول قائل : بأن هذا

١٦١- أنظر فى ذلك مازو: المطول ،حـ ٢. بند ١٠٧٠ - ١٥ ص ١٠٧ والأحكام المشار إليها فى هامش ١١ بها . كاستون: المرجع السابق . بند ٤٠٦ ص ١٨٨ وما بعدها. كومبالديو Compaldieu فى تقريره على س باريس فى ٥٩/١٢/٢ G.P. ١٩٥٩ -٢ص ٣٨٤. وغالب القضاء على ذلك أنظر على سبيل المثال: نقض مدنى فرنسى : فى ١٩٦٥/٣/٨ . J.C.P. ١٩٦٦ - ٢ - ١٤١٩٠ A.J.P.D ١٩٦٦ ص ٥١٤ رقم ٧٩ ، د . ١٩٦٦ الموجز ص ١٧ . وفى ١٩٦٩/١/٣ J.C.P. ١٩٦٩ - ٢ - ١٥٨٦٣ تعليق ليت . فو ، د. ١٩٦٩ص ١١٤ بيلتان رقم ١ ص ١ ،وفى ١٩٦٩/٥/٢١ بيلتان رقم ٣٩٢ ص ٣٠٠ ، وفى ١٩٧٩/١/٢٣ بيلتان رقم ٣١ص ٢٦ . ومن قضاء مجلس الدولة أنظر على سبيل المثال : حكمه فى ٧ /١٩٦٧/٤ J.C.P. ١٩٦٧-٢- ١٥١٠٣ تعليق ليت - فو ،ليبون ص ١٤٩ ،وفى ١٩٧٠/١٠/١٦ . ليبون ص ٩٤٩مشار إليه أيضا فى كاستون هامش ١٥٨ ص ١٩٠. وأنظر عكس ذلك ممن يقول بعدم مسئوليته : بريكمونت : السابق بند ٢٨ ص ٣٢ وما بعدها ويشير إلى - بروكسل فى ١٩٦٢/١/٢٢: R.J.I. ١٩٦٣ رقم ٣٩٠١ . ليت - فو : مقال " A propos de L'arrêt sogorb " G.P. ١٩٦٠ - ١ ص ٥١. تعليق على حكم س . باريس فى ١٩٥٩/١٢/٢ سابق الإشارة ،فلامولوياف بند ٦٩٩ ص ٣٩٣، بند ٧٠٠ ص ٣٩٥ ، (٢)سوان : السابق . بند ٥٤ - ٢ ص ٦٠١ . نقض مدنى فرنسى ١٩٦٤/١٢/٢١ J.C.P. ١٩٦٥ - ٢ - ١٤٠٠٥ . بيلتان رقم ٥٨٥ ص ٤٥١ .

١٦٢- فهذا من صميم مهمته فى الإشراف والمراقبة باعتباره - كما وصفه البعض - قائد عملية التشييد والبناء .

قياس مع الفارق ، لتخصصه هنا ، وعدمه هناك ، وأن القول بذلك سوف يجعل هذه الرقابة غير فعالة من جانب المهندس المعماري(١٦٣) .
وردنا على ذلك : أن هذه الأعمال - كما سبق أن قلنا - هي في الأصل تدخل في مهمة وعمل المهندس المعماري ، فهو ليس ببعيد عنها أو بجاهل بها كلية ، وإنما لدية - ولاشك - من المعرفة بها ما يمكنه من مراجعتها وفحصها ، وإن لم يكن كافيا وضعها(١٦٤) ، ومع ذلك ، فإن لم يأنس في نفسه القدرة - لعمق التخصص - على فحصها ومراجعتها ، كان عليه أن يستعين بغيره من أهل هذا التخصص ، وذوى السبق فيه . فإن قيل : بأن هذا من شأنه أن يرفع تكلفة المشروع (١٦٥) . قلنا : لأن ترتفع التكلفة بضع مئات من الجنيهات تصان بها الأموال والأرواح ، أفضل من أن يأتى البناء على قواعده ، وللكل أن يتصور قدر الخسارة في هذه الحالة ويقارن .

هذا ولاشك أن في قولنا بمسئولية المهندس المعماري في هذا الخصوص مزيتان :

أولاهما : إيجاد نوع من الرقابة المتبادلة بين الفنيين المشاركين في المشروع ، تصميما وتنفيذا ، وهذا - في تقديرنا - وإن كان له غرمه - بعض الشئ - ماديا وزمنيا ، إلا أنه - بلا أدنى شك - له غنمه ، متانة في البناء وسلامة له ، وحفظا للأرواح ، ونشرا للسكينة والاطمئنان ، وشتان ما بين غنمه وغرمه .

١٦٢- كاستون : الهامش الأسبق . وأشار إليه أيضا شكرى سرور: هامش ٥٣ ص ٨٦ .
١٦٤- كناقد الشعر ، الذى ليس بشاعر ، فهو وإن لم يستطع أن يقرض الشعر ، إلا أنه يمكنه نقده وانظر ، سوان : السابق . جـ ٢ ص ٦٠٠ حيث يقرر :
"Il est très vrai d'affirmer quw L'architecte est investi d'une mision generale comprenant la conception général de l'ouvrage et sa réalisation. L'architecte est L'auteur et le réalisateur de la construction, assurant L'unité de celle -ci, il doit guider, orienter, contrôler les divers professionnels particepant à L'oeuvre commune."

١٦٥- سوان : السابق . ص ٦٠١ .

ثانيّهما والأخيرة : هى تيسير وتأكيد حصول رب العمل على التعويض المناسب له ،بإيجاد مسئول آخر ، فى كل مرحلة من مراحل المشروع ، سواء فى مرحلة التصميم ، أو فى مرحلة التنفيذ،وبهذا يكون قصد المشرع قد تحقق فعلا ، من ايجاد الحماية الفعالة له .

البند الثالث : سبب العيب يرجع الى المواد

بينا فى البند السابق أن التزام المهندس المعمارى بوضع التصميمات للمشروع المسند إليه .- يقتضى منه - ضمن ما يقتضيه - عمل المقايسات اللازمة لتنفيذ هذا المشروع ، ومن ضمنها المقايسة الوصفية " Le devis describtif التى يحدد فيها المهندس المعمارى أنواع المواد المعمارية اللازمة للتنفيذ . وأوصافها وخصائصها ، وبيانا كتابيا بكيفية استعمالها وأوضحنا أن هذا هو صميم مهنته ، وأن الخطأ فى شئ من ذلك - ومن باب أولى العمد، أو الإهمال الجسيم - يؤدى إلى مساءلته طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، إذا كان من شأنه حدوث تهدم فى البناء ، أو تهديد لمتانته وسلامته ، أو جعله غير صالح للهدف المنشأ من أجله .

وعلى ذلك ، فإن على المهندس المعمارى أن يسهر جاهدا على أن يضمن المقايسات وكراسات الشروط التى يضعها ، الأصناف من المواد الصالحة تماما للوفاء بالغرض المنشود ، وألا يكون رائده التوفير فى التكاليف على حساب جودة الأداء مما يجر فى النهاية إلى عواقب وخيمة . وتطبيقا لذلك ، قضى بأنه لا مسئولية على المقاول بالنسبة للمواد المعيبة التى وردها إذا ما كانت هذه المواد هى بذاتها التى سجلها المهندس المعمارى فى المقايسة الوصفية ، وكراسات الشروط ، بأوصافها وخصائصها (١٦٦).

١٦٦- نقض مدنى فرنسى فى ١٤٤/٢/١٨ د. الدورى ١٩٤٤ ص ٠٦٣ وأنظر فى نفس المعنى جاند التجارية فى ٢٥ /١٩٣٦/٤ J.C.FL. ص ٢٧ مذكورفى بريمكونت هامش ٤٢ ص ٦٣ بروكسل فى ١٩٦٠/٦/١٠ Res Jura Imm. ص ٢٧٦ مذكور فى فلام ولوياف . بند ٧٢٦ ص ٤١٩ شريطة ان يرقى خفاء هذه العيوب بالنسبة للمقاول =

على أنه يجب على المهندس أن يرفض قبول المواد - سواء كانت مقدمة من رب العمل نفسه أو المقاول - التى يرى أنها غير صالحة - لأى سبب من الأسباب - لأداء الغرض الذى خصها به فى المقايسات الوصفية التى وضعها - وإلا كان مسئولا - إلى جانب المقاول - عن قبوله لهذه المواد الغير صالحة ، لا سيما إذا أدى استعمالها إلى حدوث تهدم كلى أو جزئى بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر ، أو إلى عيب يتهدده فى متانته وسلامته أو جعله غير صالح للهدف الذى شيد من أجله (١٦٦) مكرر .

على أن المهندس المعمارى - شأنه شأن المقاول كما سيأتى بعد قليل (١٦٦ مكرر ١) - لا يكون مسئولا إلا عن العيوب التى يمكن

= إلى مرتبة السبب الأجنبى ، أما إذا كان خفاء يمكن للمقاول اكتشافه ، أو كان ينبغى عليه ذلك . لو أنه بذل ما وسعته الحيلة فى فحص هذه المواد المذكورة بالمقايسة فإنه يكون مسئولا - طبقا للأحكام المسئولية الخاصة - تقصيره فى فحص المواد التى قام بتوريدها وحتى قبيل استخدامها فعلا فى البناء ، إلى جانب المهندس المعمارى الذى أخطأ فى توصيف المواد المطلوب التنفيذ بها بالمقايسات وكراسات الشروط - سانت سوريس ، السابق ص ١٢٣ ، بريكمونت : السابق بند ٦٢ ص ٦٣ . فلام ولوياف : السابق بند ٧٢٦ ص ٤١٨ . وانظر التطبيقات القضائية العديدة التى أوردها فى البند ٧٢٧ ص ٤١٩ وما بعدها ، ولا سيما حكم النقض البلجيكى الصادر فى ١٩٦١/١٠/٦ الذى نقض س - جاند الصادر فى ١٩٥٩/٦/١٣ والذى قرر :
"que L'entrepreneur échape à laresponsabilitè décennale S'il S'est trouvé dans L'ignorance invincible du vice de matèriau ayant entraine La perte de L'ouvrage".
منشور فى المجلة الانتقادية للقضاء البلجيكى ١٩٦٣ - ص ٥ تعليق أ. لاجاس ، وكان هذا الحكم قد نقض س جاند المذكور : DAlcq تعليق (Rev.gén.ass. etrespo.1961 N° 6615) الذى كان قد أدان المقاول على الرغم من استحالة انكشاف العيب بالنسبة له ، وأنظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ١٩/ ١٠ ١٩٧٧ (غير منشور مذكور فى كاستون : السابق . هـ ٢١٥ ص١٩٦ .

١٦٦ مكرر : دلفو : ج ٢ بند ٦٤٧ ، فلام ولوياف : السابق بند ٧٣٣ ص ٤٢٢ .

١٦٦ مكرر(١) : أنظر فيما بعد ص ٧٦٨ والمراجع والأحكام المشار إليها بها .

كشفها ، أو كان ينبغى عليه اكتشافها ، لأنها لا تخفى على رجل الفن من مثله ، وفى ذات ظروفه أما إذا كانت هذه العيوب يستحيل عليه كشفها مهما بذله من عناية الرجل الحريص فى شئونه الخاصة ، فإنها تعد بالنسبة له بمثابة السبب الأجنبى المعفى من المسئولية إذ الأصل ألا تكليف بمستحيل(١٦٦ مكرر ٢) .

كذلك عليه أن يسهر جاهدا على ضمان تنفيذ ما جاء بهذه المقايسات ، وما ضمنه كراسات الشروط بكل دقة واستقامة ، حتى لا يجد القائمون بالتنفيذ فرصة سانحة للتلاعب لتحقيق مآربهم المادية (١٦٧) . وذلك ، إما باستبدال المواد الموصوفة أصلا فى المقايسة ، أو فى كراسة الشروط بمواد أخرى أرخص منها سعرا أو أقل تكلفة ، أو استخدام مواد من نفس ما هو موصوف لكن من رتب أقل مما هو مطلوب للأداء الأمثل (١٦٨) . أو مواد سبق استعمالها ، فقلت بذلك صلاحيتها (١٦٩) . وتقصيره فى أداء التزامه بالرقابة والإشراف هذا لا يقل خطورة - إن لم يزد - من الناحية العملية عن تقصيره فى التزامه السابق - فنتيجة كلا التقصيرين ، قيام مسئوليته - طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة - متى توافرت شروطها من شكلية وموضوعية (١٧٠) .

---

١٦٦ مكرر ٢: راجع فيما سبق بالنسبة لعيوب التربة ص ٧٢٢: مابعدها وأنظر أيضا . منيفيل : السابق بند٢١٨ ص ١٧٩، ١٨٠ . دلفو ح٢ ص ٦٤٦ . بريكمونت : السابق بند ٣٧ ص ٤١ وما بعدها .

١٦٧- سيما إذا كانت الصفقة جزافا ، مينفيل ٢١٨ ص ١٧٩ .

١٦٨- مثال ذلك أن تستعمل مواد رديئة فى البناء ، ممايؤدى الى تسرب مياه الصرف الى المبنى وظهور شروخ فيه تقض مدنى مصرى فى ١٩٧٣/٥/٣١مج . م . ت س ٢٤ ق ١٥٠ ص ٨٥٣ . أو أن يستعمل خشب ردئ فى أرضية البناء مما يؤدى الى ظهور الخلل فيه ، نقض مدنى مصرى فى ١٩٥٥/٦/٩ مج . م . ف س ٦ - ص ١٢٣٥ ص ١٦٥ .

١٦٩- سواء كان من قام بالتوريد هو المقاول نفسه أو غيره أو حتى رب العمل نفسه ، كما ستأتى اليه حالا .

١٧٠- هامونيك : السابق ، بند ٤٨٤ : ٤٨٦ ص ١٢٢ - ١٢٣ أو لفو: ح٢ بند ٦٤٦ فلام ولوبياف : السابق بند ٧٣٢ ، ٧٣٣ ص ٤٢١ ، ٤٢٢ وأنظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ١٩٤٤/١٢/٨ د . الدورى ١٩٤٤ ص ٦٣ ، س بروكسل فى ١٩٦٥/١/١٥ . R. J. I ١٩٦٥ ص ٥٢٣ . لكن المهندس المعمارى لا يضمن من عيوب المواد الا ما يمكن كشفه منها بالنسبة لمثله من رجال مهنته أما ما لايمكن كشفه لرجل الفن من مثله فلايسأل عنه (مينفيل : السابق بند ٢١٨ ص ١٧٩ ، والمراجع والأحكام المشار اليها . فى هامش ٦٠٤ ، ٦٠٥ ص ١١٩ : ١٢٠ .

هذا عن دور المهندس المعماري بالنسبة للمواد المستلزمة لتنفيذ المشروع ، أما عن دور المقاول بالنسبة لها ، فلا يقل أهمية عن دور المهندس المعماري فيها :

فقد يقوم هو بذات دور المهندس المعماري ، فيما يتعلق بعمل المقايسة الوصفية ، وكراسات الشروط وبيان كيفية الاستخدام ، وذلك عند عدم وجود مهندس معماري في العملية ، وهي كلها مسندة إليه ، وفي هذه الحالة ، عليه أيضا - كالمهندس المعماري تماما - أن يسهر على التوريد ويراقبه ، حتى لا يورد إليه إلا ما ارتضاه من مواد لتنفيذ المشروع . ويراقب التنفيذ أيضا بالنسبة لتابعيه ، أو مقاوليه من الباطن ، حتى يتأكد من استخدام ذات المواد المتفق عليها بأوصافها وخصائصها .

هذا عن حالة افتراض قيامه بدور المهندس المعماري ، عند عدم وجود هذا الأخير ، فهو يلتزم بذات التزاماته ، ويخضع - حالة تقصيره في أدائها - لنفس مسئوليته . مع ما يتناسب ومستوى المقدرة الفنية لشخص في مستواه في هذا المجال - كما سبق أن أوضحنا [(١٧١)] - إلا إذا أثبت رب العمل أنه اتخذ طرقا احتيالية ، إما لا يهامه بأنه مهندس معماري أصلا ، أو أنه يستخدم لديه مهندسين معماريين ، ففي هذه الحالة يتحمل المسئولية المدنية كاملة ، وكأنه كذلك [(١٧٢)] ، بالإضافة إلى مسئوليته الجنائية .

أما عن الدور الأصلي للمقاول فيما يتعلق بالمواد [(١٧٣)] فيأتي على حالين : أولهما ، ليس من باب اللزوم وهو التوريد ، أما الثاني فلازم ، وهو الرقابة .

١٧١- راجع فيما سبق ص٧١٠ وهامش ١٢ بها .
١٧٢- دون التفات في هذه الحالة - عقابا له - إلى مستوى المقدرة الفنية لشخص في مستواه ، وبعبارة أخرى ، دون تخفيف .
١٧٣- بريكمونت : السابق بند ٥٩ ص ٦٠ .

دور المقاول فى توريد المواد: قد يوكل رب العمل - بمقتضى عقد المقاولة نفسه - إلى المقاول مهمة توريد المواد اللازمة لتنفيذ المشروع المزمع إنشاؤه ، بناء كان أم منشأ ثابتا آخر [١٧٤] ، وقد يوكلها إلى نفسه ، إن كان من أهل البصر بها [١٧٥] .

وفى الحالة الأولى : حيث يعهد رب العمل بمهمة التوريد إلى المقاول نفسه [١٧٦] ، يتعين على هذا الأخير ، أن يورد موادا من ذات ما هو موصوف ، فى المقايسات وكراسات الشروط ، بأوصافها وخصائصها وأثمانها ، وألا يركن إلى التوفير ، فيورد غيرها [١٧٧] ، أو دونها صفة وخاصية [١٧٨] . أو غير مجربة ولم تثبت بعد صلاحيتها تماما لهذا الغرض [١٧٩] . وعليه أن ينفذ التزامه بالتوريد بكل أمانة ونزاهة وصدق وشرف ، وأن يبذل قصارى وسعه فى تفحص المواد ومعاينتها ، واتخاذ كافة الوسائل العلمية المتاحة التى تمكنه من الوقوف على حقيقة جوهرها ، وأساس تكوينها وكشف عيوبها ، ومعرفة أسرارها ، حتى لا يورد منها إلا ما كان على ذات الصفة ، مشتملا على أجود الخصائص المميزة ، خاليا من كل عيب أو شائبة [١٨٠] . ومطابقا للمواصفات المقررة [١٨١] .

١٧٤- (م ٦٤٧/٢ مدنى مصرى) وأنظر السنهورى أو الوسيط ح٧ بند ٤٠ ص ٦٩ وما بعدها
١٧٥- (م ٦٤٧/١ مدنى مصرى) السنهورى: السابق ، بند ٤١ ص ٧٢ وما بعدها .
١٧٦- (م ٦٤٧/٢ ، م ٦٤٨ مدنى مصرى) .
١٧٧- كأن يورد خشبا لأرضية البناء من نوع ردئ أو يورد خشبا مضغوطا ، على خلاف المتفق عليه ، أو يورد حديدا أقل مقاسا من المتفق عليه
١٧٨- كأن يستعمل نوعا من الأسمنت غير مقاوم للأملاح على خلاف ما هو متفق عليه ، ليموج ، فى ١٨٩٩/١١/٨ د. الدورى ١٩٠٠ -٢-٢١٥ .
١٧٩- بريكمونت : السابق بند ٥٩ ص ٦٠ ، وأنظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ١٩٢٩/٦/١٩ د. الدورى ١٩٣٠ -١ ص ١٦٩ تعليق مينقييل .
١٨٠- شنب: السابق ، بند ١٠١ ص ١١٦ ، السنهورى : الوسيط ، ح٧ بند ٤٠ ص ٧١ ، ياقوت: السابق بند ٤٠ ص ٩٨ وهامش ٢١٠ بها . شكرى سرور: السابق . بند ٩١ ص ١١٨ وما بعدها وهامش ٨٦ ص ١١٩ . مينقييل : رسالته : بند ٢١٨ ص ١٧٩ ، بريكمونت: السابق بند ٥٩ ص ٦٠ ، وانظر أيضا : نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٧/١٠/١٨ (غير منشور) مذكور فى كاستون . هامش ٢١٥ ص ١٩٦ ، وفى ١٩٧٨/٥/٣١ J.C.P. ١٩٧٨-٤ ص ٢٣٦ ، G.P. ٧٨/١٠/١١ مختصر ص ٩ .
١٨١- م ١١ من القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء فى مصر ، وانظر: حامد عبد الحليم الشريف السابق ص ١١٩ .

على أن المقاول لا يسأل إلا عن العيوب التى يمكن كشفهـــا ، بالنسبة لمقاول من نفس مستواه وفى نفس ظروفه ، أما العيوب التى لا يمكن كشفها بالنسبة لهذا المقاول ، مهما بذل من العنايـــة والاهتمام فلا يسأل عنها (١٨٢) ، لكنه حيث يدعى هذا ، يقع عليه عبء إثباته (١٨٣) ، وله فى ذلك أن يستعين بكافة طرق الإثبات .

وتأكيدا لذلك ،قضى مجلس الدولة الفرنسى ، بأن المقـــاول لا يكون مسئولا عن أنخساف أرضية البناء ، بسبب عفن نخوربىبالأخشاب المستعملة ناتج عن إصابتها بفطر مجهرى ، لم يكن بالمستطـــاع ملاحظته أثناء استعمالها (١٨٤) .

أما إذا كانت العيوب ، بمكنة المقاول أن يكتشفها ، أو كان ينبغى عليه اكتشافها ،لأنها لا تستحيل على من فى مستواه من أهـــل طائفته ، فإنه يكون ضامنا لها ، مسئولا عما يحدث بسبب وجودهـــا من أضرار ، كما لو كان قد اختار أخشابا مهيأة فطريا بحســـب طبيعتهـــا لأن تصاب ببعض الحشرات القارضة (١٨٥) .

١٨٢- ولا يجوز القول بتطبيق قواعد ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع على حالتنا هذه ،إذ أنه من المقطوع فيه من غالب الفقـــه والقضاء على أن المقاول فى هذه الحالة يحتفظ بصفته كمقاول ولايعتبر بائعا. وبالتالى يخضع فى ضمان عيوب الموادالتى يوردها لأحكـــام عقد المقاولة. راجع فيما سبق من ص١٠٦:ص١٢٨ والمراجع والأحكـــام المشار إليهاهناك. وأنظر أيضا :سانت موريس:السابق ص ١٢٣ بريكمونت السابق.بند٦٠ص ٦٢، ٦٣ص ٦٣ ،فلام ولوياف:السابق بند٧٢٦ص ٤١٨ ومـــا بعدها، وهامش ١٦٦ أعلاه .

١٨٣- بوبلى: ط ١٩٧١،بند ١٣٧ ص ٩٠، كاستون:السابق . بند٤١٨ص ١٩٦. نقض مدنى فرنسى(الدائرة ١) فى ١٩٦٧/٩/٦ بيلتان رقم ٨٧ ص ٦٣، د. ١٩٦٧ موجز ص ١٣ .

١٨٤- فى١٩٠٠/٥/١١ د. الدورى ١٩٠١-٣ص ٦٤٦ مذكور فى بريكمونت هامش ٣٦ص ٦٢، وانظر فى نفس المعنى س بوردو:فى١٩٢٣/١٢/٧ G.P الفهرس Table الخمسى ١٩٢٠-١٩٢٥ V.Louage d'ouvrage رقم٤٧٢ ،نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٥/٧/٧ J.C.P. ١٩٦٥-٢- ١٤٣٧٦، د. ١٩٦٦ موجز ص ١١، A.J.P.I. ١٩٦٦ص ٢٣٢رقم ٤١تعليق مونتميرل،

١٨٥- نقض مدنى فرنسى فى ١٩٥٥/٧/١٨ د. ١٩٥٥-١ ص ٧٣٥، R.T.D.C. ١٩٥٦ص ١٥٠،وفى ١٩٦٠/١٢/٢٧ G.P. ٢٥:وفى ٢٨ فبراير ١٩٦١ ، M.T.pub. ١٩٧٩/١٢/١٠ ص ٥٤ ، وفى ١٩٧٩/١٢/٤ بيلتـــان ١٩٧٩ - ٣ رقم ٤٦ ص ٣٤ ،د . ١٩٧٩ . R.R. ص ٣١٧ .

هذا وفى حالة ما لم يكن متفقا على أن تكون المادة المطلوبة من صفة معينة ، أو ذات خواص مميزة ، كان على المقاول أن يوردها من المواد التى تستعمل عادة فى مثل هذا الغرض[١٨٦]. كذلك إذا لم تحدد درجة الجودة ، كان عليه أيضا أن يورد موادا ذات درجة متوسطة على الأقل[١٨٧].

ومسئولية المقاول عن عيوب المواد التى وردها تستمر قائمة، حتى وإن كان المهندس المعمارى قد فحص هذه المواد - طبقا لواجبه فى الإشراف والرقابة على التنفيذ كما سنبين حالا - وأجاز استخدامها ، فهذا ليس من شأنه أن يعفى المقاول من المسئولية، وإن كان قد أضاف إليه مسئولا آخر هو المهندس المعمارى ،ليس عن عيوب المواد ذاتها ، ولكن عن تقصيره فى واجب فحصها[١٨٨] .

أما فى الحالة الثانية : حيث يورد المواد رب العمل نفسه [١٨٩]، أو يوكل توريدها إلى شخص آخر غير المقاول يتعاقد معه شخصيا على التوريد ، فهذا ما ينقلنا إلى دور المقاول فى مراقبة المواد .

دور المقاول فى مراقبة ما يورد من مواد: التنفيذ الأمثل لدور المقاول فى الرقابة على المواد يتطلب منه أولا : قراءة المقايسة الوصفية جيدا ، وكذا كراسة الشروط[١٩٠]، للتعرف على

١٨٦- نقض مدنى فرنسى فى ١٩٠٤/١٢/٥ د. ١٩٠٩-١ ص ٤٤،س ليون فى ١٨٨٣/٥/٢٦ د. الدورى ١٨٨٤ -٢ ص ١٣٢ .

١٨٧- (م ٢/١٣٣مدنى مصرى ،١٢٤٦ مدنى فرنسى)وأنظر أيضا: شنب : السابق . بند ١٠١ ص ١١٦ ، السنهورى الوسيط : حـ ٧ بند ٤٠ ص ٧١ وما بعدها، بريكمونت : السابق بند ٥٩ ص٦٠، فلام ولوياف: السابق . بند ٧٢٦ ص ٤١٩ .

١٨٨- هامونيك : السابق ، بند ٤٨٤ ص ١٢٢ ..

١٨٩- (م ١/٦٤٧مدنى مصرى)السنهورى: الوسيط : حـ٧ بند ٤١ ص ٧٢وما بعدها فلام ولوياف :السابق بند ٧٢٦ ص ٤١٨. نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٠/١١/٩ الطعن رقم ١٢٠ لسنه ١٨ ق مج.م.ف س٢ق ٥ ص ٣٠ .

١٩٠- بل وفحصها ومراجعتها مراجعة دقيقة ، إذا كان واضعها هو رب العمل أو غيره من غير المتخصصين فى هذا المجال. نيجر: السابق . بند ٤٣ ص ٧٩، بريكمونت :السابق بند٣د ص ٥٧ .

أصناف المواد الموصوفة بهما لتنفيذ المشروع ، فإذا استطاع أن يتبين[١٩١] . أن بعض المواد المذكورة فى المقايسة أو كراسة الشروط لا تصلح للاستخدام فى المشروع ، أو غير مناسبة البتة له ، تعين عليه - تنفيذا لالتزامه بالنصح والإرشاد لرب العمل - أن يبادر إلى إخطار هذا الأخير والمهندس المعمارى ، بما تكشف له ، ورأيه فيه ، والمواد التى يقترحها بدلا منها[١٩٢] . فإن رأى المهندس المعمارى صواب ذلك ، واستجاب له ، كان بها ونعمت ، وإن أصر على موقفه من صحة ما جاء بالمقايسات ، وكراسة الشروط ، وآزره فى ذلك رب العمل ، كان على المقاول أن يمتنع عن استخدام هذه المواد ، إلا إذا أعطى أمرا كتابيا بذلك ، وإلا كان مسئولا - طبقا لأحكام مسئوليته الخاصة - عما يحدث من جراء استخدامه لهذه المواد المعيبة[١٩٣] .

بعد هذه المراقبة النظرية للمقايسات وكراسات الشروط ، فى الشق المتعلق منها بالمواد ننتقل إلى المراقبة العملية للمقاول على المواد التى يوردها رب العمل نفسه ، أو غيره ممن يكلفه بذلك . وهنا يختلف الحكم : تبعا لما إذا كان رب العمل من رجال هذا الفن المتخصصين فيه ، أم كان غير ذلك :

فإن كان رب العمل من الصنف الأول ، فليس ثمة التزام على المقاول بفحص المواد التى يوردها هذا إليه . إذ يكون من حقه فى هذه الحالة أن يركن إلى تخصص رب العمل فى هذا المجال[١٩٤] ،

١٩١- بمقتضى ماله من خبرة طويلة فى هذا المجال، قد تفوق خبرة المهندس المعمارى، أو بما يكون لديه من إمكانيات ذلك وأسبابه ، سيما إذا كان شركة كبرى لديها وسائلها المختلفة من متخصصين وفنيين وأجهزة ، ومعامل إلى غير ذلك - هامونيك : السابق بند ٣٨٦ ص ١٠١ .

١٩٢- مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٨٦/٤/٢ ، مذكور فى نيجر . السابق هامش ٢٧٥ ص ٢٧٩ وأنظر أيضا بريكمونت السابق ، بند ٥٢ ص ٥٥ .

١٩٣- هامونيك : السابق . بند ٣١٣ ص ٨٤، ٨٥، ٣٩٠ ص ١٠٢، ١٠٣ .

١٩٤- وغالبا ما يكون هذا موضع اعتبار عند التعاقد وعلى ذلك فلا يخرج هذا الحكم عن أن يكون تفسيرا لإرادة المتعاقدين . لكن لا عليه إن فعل ، ونحن نستحسن هذا ، إن أنس فى نفسه مقدرة عليه ، فقد لا يخلو من فائدة أبسطها زيادة فى اليقين من جودة المواد .

ولا يكون مرتكبا ثمة خطأ إن لم يفحصها ، ولا يتحمل مسئولية عيب وجودفيها . إذ الفرض أن رب العمل المورد وهو من أهل التخصص ، وذوى الخبرة ، قد قام بفحصها ومعاينتها ، وبالتالى يتحمل - دون المقاول - مسئولية ما يوجد بها من عيوب (١٩٥). ما لم تكن تلك العيوب من الظهور بمكان . بحيث لا تخفى ، أو ما كان ينبغى أن تخفى - على مقاول مجرب مثله (١٩٦) فهنا يتعين عليه - إعمالا لالتزامه بالنصح والإرشاد - أن يخطر رب العمل عن العيوب الماثلة فى هذه المواد (١٩٧) ، فإن لم يفعل ، كان مسئولا - طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة - عن إخلاله بالتزامه هذا اذا حدث شئ من موجبات تطبيق هذه الأحكام ، وإلا فطبقا للأحكام العامة فى المسئولية العقدية .

أما إذا لم يكن رب العمل من أهل التخصص فى أمر المواد ، تعين على المقاول أن يفحص ويراقب كل ما يورد له منه فحصا دقيقا ، مستعملا فيه كافة ما يتاح له من وسائل علمية مستحدثة فى هذا الخصوص ، حتى يتأكد تماما من خلوها من أى عيب يقوم بها ، يكون من شأنه حدوث أحد موجبات تطبيق أحكام المسئولية العشرية عليه (١٩٨).

١٩٥- هامونيك : السابق : بند ١٩٨ ص ١٢٤ .

١٩٦،١٩٧- أما إذا كان لا يمكن لمقاول مثله ، وفى نفس ظروفه ، أن يكتشف العيب ، فإنه لا يكون مسئولا عنه ، وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا فى هذا المعنى ، فكانت المادة ١٨٩١ منه تنص على ما يأتى : " لا يكون العامل أو الصانع مسئولا قبل رب العمل عن إغفال الإخطار المنصوص عليه فى المادة ٨٦٩ ، إذا كان ما ظهر فى أثناء التنفيذ وبسببه ، من عيوب فى المادة ،بحيث ما كان يستطيع عامل مثله أن يعلم بها " (مشروع تنصيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية ٣،العقود المسماة،ص ٤٦١ ، وقد سقط النص من مجموعة الأعمال التحضيرية) انظر فى ذلك السنهورى الوسيط جـ ٧ بند ٤١ ص ٧٣ هامش ٤،ص٧٤ .

١٩٨- هامونيك: السابق. بند ٤٩٩ ص ١٢٥ ،سانت موريس :السابق،ص ١٢١، ١٢٢،بريكمونت : السابق بند ٦٣ ص ٦٣،ويشير إلى تعليق على م، بروكسل فى ١٩٥٩/٢/١٣،بيلتان التأمين١٩٦٠،ص ٢٩١ . كاستون:السابق بند ٤١٨ ص ١٩٦ . ومن الفقه المصرى على سبيل المثال: شنب : السابق.بند ١١٤،ص ١٣٨ ،شكرى سرور،بند ٩١،ص ١١٩ والقضاء المشار إليه فى هامش ٨٧ بها وأنظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ٣/٢/١/٧٦ بيلتان ١٩٧٦-١،رقم ٢٣،ص ١٧ ،مجلس الدولة الفرنسى فى ١٨٨٦/٤/٢٠. مذكور فى نيجر هـ ٧٥ ص ٧٤ .

وفى كلتا الحالتين يتعين على المقاول أن يخطر رب العمل بما يتكشف له من عيوب فى المواد التى تم توريدها (١٩٩) ،وأن يطلب إصلاحها ، إذا كان ذلك ممكنا ، أو استبدالها بغيرها خالية من العيوب ، نقية من الشوائب ، فإن أجيب إلى طلبه ، فقد كان له ما أراد وأنتهى الأمر ، أما إذا أصر رب العمل على موقفه من ضرورة استخدام المواد التى وردها بنفسه ، كان على المقاول أن يرفض أستخدام هذه المواد (٢٠٠) .

١٩٩- السنهورى : الهامش الأسبق ص ٧٤ شكرى سرور : الهامش السابق .

٢٠٠- أ. دلفو ،حـ ٢ بند ٦٤٥ ، بريكمونت بند ٦٢ ص ٦٣ ،فلام ولوياف : بند ٧٢٧ ص ٤١٩، شنب : السابق بند ١١٤ ص ١٣٨ نقض مدنى فرنسى فى ١٩٦٤/١١/٩ A.J.P.I. ١٩٦٥ رقم ٥٣ ص ٣٠٠، تعليق مونتميرل ، مجلس الدولة فى ١٩٦٤/٢/١٢ D.Adm. ١٩٦٤ رقم ١١٧ .

البند الرابع: سبب العيب خطأ فى التنفيذ

المقصود بالتنفيذ هنا: هو تشكيل البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، بجعله حقيقة ملموسة فى حيز الوجود، وذلك عن طريق دمج مجموعة من المواد، وتركيب بعضها مع البعض الآخر، وصبها فى القوالب المخصصة لها، بحيث تكون فى النهاية البناء المطلوب، طبقا للتصميم الذى وضع له، كل ذلك طبقا لقواعد متبعة عند أهل الفن، وتعليمات موضوعة من قبل المهندس المعمارى واضع التصميمات.

من ذلك يتضح لنا أن التنفيذ يشتمل على عمليتين منفصلتين: عملية ذهنية، وعملية مادية أما العملية الذهنية، وهى التى يختص بها المهندس المعمارى واضع تصميمات البناء ومقايساته وكراسات الشروط اللازمة له، ذلك أن هذا المختص عندما يحدد - فى المقايسات الوصفية كما ذكرنا - المواد التى يريد استخدامها فى التنفيذ، ويبين خصائصها وأوصافها (٢٠١)، يوضح أيضا - فى هذه المقايسات وبكراسات الشروط - كيفية استخدامها كما، بتحديد النسب المختلفة للتركيب، وكيفا، ببيان كيفية أتمام هذا التركيب، والأسلوب الواجب اتباعه فيه، كل ذلك طبقا للمواصفات المعمول بها، وقواعد الفن وأصول الصنعة، وبما يتفق والقوانين واللوائح المنظمة (٢٠٢).

وباختصار، يجب أن يكون بيان المهندس المعمارى فى أستخدام المواد شافيا وافيا، جامعا مانعا، بحيث لا يترك فرصة للاختيار بين طريقة وأخرى، مما يسبب الارتجال والارتباك فى التطبيق، فعليه أن يبين فيه أفضل الطرق للاستخدام، وأقوم

(٢٠١) هذا فيما يتعلق بدور المهندس المعمارى فى أختيار المواد. بالإضافة إلى دوره فى الرقابة عليها عند توريدها من قبل رب العمل أو المقاول. أنظر فيما سبق من ص ٧٦٤: ص ٧٦٧.

(٢٠٢) بروكسل الجزئية فى ١٩٣٤/٦/٢٦ .R.J.I ١٩٣٤ رقم ٥٠٢ مشار إليه فى بريكمونت: السابق، هامش ٣ ص ٣٨.

السبل للتنفيذ ، دونما لبس أو غموض ، وذلك حتى يأتى الاستخدام سديدا والتنفيذ قويما [٢٠٣].

كذلك ، يجب أن يكون على هذا المستوى من التبيان والوضوح ، ما يضعه من تعليمات وقواعد أخرى تتعلق بباقى جوانب التنفيذ الأخرى [٢٠٤]. مثل ضرورة رش الطوب الأحمر بالماء قبل استخدامه فى البناء مباشرة ، وكذلك رش الصبات الخرسانية بالماء عددا معينا من المرات ، حتى يتم تماسكها ، وتقوى صلابتها ، ولا تكون عرضة للتفتت من تأثير حرارة الجو أو برودته [٢٠٥]. وأيضا عدم البدء فى المرحلة التالية إلا بعد التأكد من تمام سلامة المرحلة السابقة ، واستعدادها لقبول ما بعدها من المراحل [٢٠٦] ، إلى غير ذلك من التعليمات والقواعد التى تضمن دقة التنفيذ وسلامته ، والتى تعتبر بمثابة الأمصال الواقية من الأمراض التى يصعب علاجها بالعقاقير إذا ما دهمت الجسم وتمكنت منه .

بهذا القدر من القواعد والتعليمات يساهم المهندس المعمارى فى عملية التنفيذ ، ليس هذا فحسب ، بل إنه يساهم أيضا فى الجانب المادى منها وذلك بالإشراف عليه ، ومراقبته عن كثب بزياراته المتكررة فى مواعيد مختلفة ، واختباراته التى يجريها على مفردات هذه العملية ، بل وله فى ذلك أن يطلب من المقاول إصلاح الأعمال التى تم تنفيذها تنفيذا معيبا ، ولو أدى به ذلك إلى

---

(٢٠٣) فريمى ليجنتيل وبرّيكى : جـ١ رقم ١٣٥ ، هامونيك: السابق بند ٤٨٨ص ١٢٣ ، نيجر : السابق بند ٤٢ص ٧٨ ، ٧٩٠ بريكمونت: السابق بند ٦٤ص ٦٤ ، شكرى سرور: السابق ، بند ٦٠ص ٨٢ ، ٨٣٠ س .ليون فى ١٩٧٤/٦/٦ د. الدورى ١٨٧٥ - ٢ ص ١١٩ .

(٢٠٤) دى بهينا نرين : السابق . بنود ٩٣ ، ١٢١ ، ١٢٤ ، بريكمونت: السابق بند ٣٣ ص ٣٨ .

(٢٠٥) الدورى : رسالته السابقة ص ١١٩ .

(٢٠٦) فلام ولوياف : السابق بند ٧٣٧ ص ٤٢٧ .

هدمها وإعادة بنائها [٢٠٧]. كل ذلك كي يضمن سير عملية التنفيذ في الإطار الذي حدده لها ، وطبقا لما وضعه لها من قواعد وتعليمات ، ووفقا لما تقضي به قواعد الفن وأصول الصنعة ،وما تقرره القوانين واللوائح المنظمة لذلك .

وعلى ذلك فإذا أخطأ المهندس المعماري وهو يضع المقايسات وكراسات الشروط في بيان كيفية استخدام المواد، كَمِّيا ،بأن يكون قد حدد نسب التركيب بما لا يتفق والمواصفات المعمول بها ، أو بما يخالف ما تقضي به قواعد الفن أو القوانين أو اللوائح المنظمة والمحددة للنسب المختلفة الواجب أتباعها ،أو كيفيّا ، بأن يكون قد عين أسلوبا للاستخدام لا يتفق وطبيعة المادة المستخدمة، أولا يتمشى وطبيعة الأرض المقام عليها البناء، أو أنه فيما وضعه من تعليمات وقواعد ينظم بها عملية التنفيذ ، لم يراع في وضعها ما تقضي به قواعد المهنة ،وأصولها ، أو خالف فيها ما تقضي به القوانين واللوائح المنظمة لذلك ، أو أنه لم يعط تعليماته ، باستخدام المواد ، دقيقة ومحددة ، بحيث سمحت للمقاول بالاختيار بين أسلوب وآخر [٢٠٨] ،أو أنه لم يتخذ الاحتياطات الكافية أثناء التنفيذ التي تضمن أمن وسلامة الأفراد، كما لو لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتجنب الحرائق مثلا [٢٠٩].

نقول إذا أخطأ المهندس المعماري في شيء من ذلك كله ، وترتب على خطئه هذا خطأ في العملية المادية للتنفيذ ، وحدث

(٢٠٧) نيجر:السابق بند ١٥ ص ٨٦،بريكمونت : السابق ، بند٣٤ ص ٣٨ ، بيتر: السابق ص ٩٠-٩١، شكري سرور:السابق بند٦٠ص ٨٢وما بعدها نقض مدني فرنسي في ١٩٠٢/٦/٣٠ د- الدوري.١٩٠٧-١ ص ٤٣٦ ، مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥٣/٧/٧د-الدوري ١٩٥٤-٣ ص ٩ .

(٢٠٨) فريمي ليجنفيل وبريكي: حـ ١ بند ١٣٥، بريكمونت السابق بند ٣٤ ص ٣٩ ويشير في هامش ٨ بها إلى س ليون في ١٨٣٣/٥/٢٦ د.ب ١٨٣٤-٢ص ١٣٢ ،وفي١٨٧٤/٦/٦ د.ب ١٨٧٥-٢ص ١١٩ ،س باريس في ١٩٢١/١٢/٢١ د.ب ١٩٢٤-٢ ص ٩٩ .

(٢٠٩) بلانيول وريبير ورواسته حـ ١١ بند٩٥١ ص ٥٩٤، محمد كامل مرسي : السابق بند ٥٩٧ ص ٤٩٩، نقض مدني فرنسي ١٩٦٤/٦/١٦م سيري الموجز ١٩٦٤-١- ٩٢ .

من جرائه تهدم كلى أو جزئى فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، أو تهديد فى متانته وسلامته ، أو غدا غير صالح لهدفه ، فإن المهندس المعمارى يكون - بناء على ذلك - مسئولا - طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة - مسئولية لا يستطيع الفكاك منها إلا إذا أثبت أن هذا الذى حدث ، أنما يرجع فى أساسه إلى سبب أجنبى عنه، وليس إلى الخطأ المنسوب إليه (٢١٠).

كذلك ، إذا أهمل المهندس المعمارى فى الإشراف على العملية المادية للتنفيذ ، أثناء جريانها ، وفى مراقبة ما يتم فيها ، بأن أهمل فى زياراته لمكان العمل ، بحيث تباعد بها تباعدا جعلها غير كافية ، أو غير صالحة لإتيان الهدف المقصود منها ، أو أهمل فى عمل الاختبارات والقياسات اللازمة لكشف عيوب التنفيذ - سواء فيما يتعلق بالجانب النظرى أو العملى فيه - فى مهدها وعلاجها قبل تفاقمها (٢١١). أو سمح بإجراء تغييرات عما هو متفق عليه فى الصفقة ، كأن يغير نظام الأرضيات إلى نظام جديد غير مجرب سابقا، ودون أخذ موافقة رب العمل المسبقة على ذلك (٢١٢). أو وافق المقاول على استخدامه إجراءات أو وسائل جديدة فى التنفيذ ، تختلف عن تلك المتفق على أتباعها فى

---

(٢١٠) مينفييل : السابق بند ٢٢ ص ١٨١ ، بريمكونت ،السابق بند ٣٣ ص ٣٨ .

(٢١١) نيجر: رسالته :بند ٥١، ٥٢ ص ٨٥، ٨٦ والمراجع والقضاء المشار إليها فى هامش ٨٨ ، ٨٩ ص ٨٦، بريكمونت ،السابق ،بنود ٣٣، ٣٤، ٣٦ ص ٣٨، ٣٩ والقضاء البلجيكى المشار إليه فى هامش ص ٣٨، وأنظر أيضا نقض مدنى فرنسى (عرائض) فى ١٩٠٤/٥/١٦ د. الدورى ١٩٠٥ - ١ ص ٣٥٢، سيرى ١٩١٠ -١ ص ١٣٢ حيث قضى بأن "المهندس المعمارى يكون مسئولا حتى ولو أثبت أن المقاول قد عدّل، دون علمه ،فى تنفيذ خطط ومقايسات المشروع ،ذلك أنه من الواجب عليه ألا يجهل هذه التعديلات : التى هى من طبيعة تعرض للخطر متانة البناء وسلامته" وفى نفس المعنى أنظر أيضا نقض مدنى فرنسى فى ١٩٢٩/٦/١٩ د. الدورى ١٩٣٠ - ١ ص ٦٩ تعليق مينفييل وفى ١٩٤٠/٤/٢٢ د. الأسبوعى ١٩٤٠ ص ١٤٩،وفى ١٩٦٢/٥/١٥ د . الأسبوعى ١٩٦٢ ص ٥٥٣، G. P. ١٩٦٢-٢ ص ١٠١، R.T.D.C ١٩٦٢ ص ٦٧١ تعليق كورنى ،س Algers فى ١٩٥٨/١٠/١٧ د ١٩٥٩. ص ٣٩ .

(٢١٢) نقض فرنسى ١٩٢٩/٦/١٩ أنظر الهامش السابق .

الصفقة ، وقد كان من نتيجة اتباعها ، أن أصبحت الأعمال غير صالحة لما خصصت له (٢١٣).

نقول : إذا أهمل المهندس المعماري ، المكلف بالإشراف والرقابة على التنفيذ ، في شيء من ذلك وترتب على إهماله هذا ، عدم أكتشاف خطأ وقع في الجانب المادي من التنفيذ ، كان يمكن اكتشافه لولا هذا الإهمال من جانبه ، فإنه يكون بذلك مستوجبا مساءلته ، طبقا لأحكام مسئوليته الخاصة ، متى توافرت شروطها ، وقام واحد أو أكثر من موجباتها (٢١٤).

على أن مسئولية المهندس المعماري عن إخلاله في القيام بواجبه في عملية التنفيذ ، سواء في جانبها النظري أو العملي - على ما سبق بيانه - ليست مسئولية احتياطية لمسئولية المقاول عن عملية التنفيذ وأنما هي مسئولية أصلية ، أساسها عدم وفائه بالتزاماته العقدية من عدم وضع مقايسات سليمة خالية من العيوب ، أو إهماله في الإشراف والرقابة على عملية التنفيذ ، على خلاف مقتضى العقد المبرم بينه وبين رب العمل .

وعلى ذلك فإننا لا نقر ما ذهب إليه بعض الفقه الفرنسي ، من أن مسئولية المهندس المعماري هذه ، هي مسئولية مؤقتة - بما مفاده أنها مسئولية احتياطية - تنتهي برجوعه بما دفعه على المقاول المسئول الأصلي عن عيوب التنفيذ (٢١٥) بل هي في رأينا مسئولية دائمة ، بمعنى أنه يتحمل ما يقابلها من تعويض بصفة دائمة وليس له حق الرجوع به على المقاول ، أما مسئوليته المؤقتة فهي لا تكون إلا عندما يقضى بمسئوليته - دون خطأ منه - قضائيا مع المقاول المخطىء الأصلي والوحيد ، فهنا تكون مسئولية المهندس المعماري مؤقتة حقا ، لأنه سوف يرجع بما دفع على المقاول ، أما

(٢١٣) مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٩/١١/٩ مع ليبون ص ٧٦٣ .
(٢١٤) هامونيك : السابق بند ٥٠٨ ص ١٢٦، مينقييل : السابق بند ٢٢١ ص ١٨١ وهامش ٦١٠بها ، نيجر بند ٥١ ص ٨٥ .
(٢١٥) نيجر : رسالتد السابقة بند ٥٢ ص ٨٧ .

فى الحالة المعروضة فخطأه ثابت فى عدم قيامه بالتزامه التعاقدى قياما صحيحا كما يقتضيه العقد [(٢١٦)].

خلاصة ذلك ، أن المهندس المعمارى حتى فى عملية التنفيذ - التى تعتبر حجر الزاوية فى مهنة المقاول ، بل هى كل مهنته [(٢١٧)] - يعتبر مسئولا أصليا عن تمام سلامتها ، وحسن أدائها ، وليس مسئولا ، أحتياطيا كما توهم البعض [(٢١٨)]. وهذا يبين بوضوح أهمية الدور الذى يلعبه المهندس المعمارى فى مجال التشييد والبناء ، فهو رأس الأمر فيه ، وذروة سنامه ، إذا صلح صلح معه هذا المجال وارتقى ، وإذا فسد فسد معه وانحدر ، واضمحل أمره ، ولك أن يتصور مدى خطورة هذا على المجتمع ، اقتصادا وطمأنينة وسلاما .

هذا عن دور المهندس المعمارى فى عملية التنفيذ ، الذى قد يتصوره البعض ثانويا فيها . أما عن المقاول ، فالتنفيذ هو جل دوره ، فى مجال التشييد والبناء ، إن لم يكن كله [(٢١٩)].

---

(٢١٦) شنب : السابق . بند ١١٨ ص ١٤٢ ، شكرى سرور: السابق بند ٦٢ ص ٨٥، ٨٦ ، س مختلط فى ١٩/٢/١٩١٣م. ٢٥ ص ١٨٥ وأنظر فى الجانب الفرنسى: ج. دلفو : بند ٢٧٠ ص ٢١٩ ، سانت موريس: السابق ص ١٢٢، فلام ولوباف : السابق بند ٧٣٧ ص ٤٢٧، بيتر : السابق ص ٨٩، ٩٢ . وأنظر ،نقض مدنى فرنسى فى ٢٦/١/١٩٦٠ ، س .باريس فى ٢٤/٣/١٩٦٠ مذكورين فى فلام ولوباف ،الموضع السابق. وانظر فى أن تقصير المهندس المعمارى فى القيام بواجبه فى الإشراف على التنفيذ: لا يعتبر من قبيل العيب فى البناء ،وبالتالى لا يسأل عنه سوى مسئولية عقدية طبقا للقواعد العامة لتقصيره فى الوفاء بالتزام عقدى. نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ٧/٢/١٩٦٢ د. ١٩٦٢ ص ٤٣٣ (حكمان) تعليق إسمان ، سيرى ١٩٦٢ ص ٢٨٨، جازيت دى باليه ١٩٦٢-١ ص ٣١٤، وفى ٨/٧/٦٣ جازيت دى باليه ١٩٦٣-٢ ص ٣٤٢،د. ١٩٦٤ مختصر ص ٥١.

(٢١٧) دى باج: ج٤ بند" ٩ ،سان موريس : رسالته ص ١٢٢، فلام ولوباف السابق .بند ٧٣٤ ص ٤٢٣ ، كاستون . بند ٤١٥ ص ١٩٤ .

(٢١٨) نيجر : الهامش ٢١٥ أعلاه .

(٢١٩) راجع ،فيما سبق،من ٤٢٠ : ص ٤٢٦ .

وأول ما يتعين عليه قبل البدء فى الجانب المادى من التنفيذ هو الأطلاع على التصميمات والمقايسات وكراسات الشروط، وكل ما يتعلق بالتنفيذ من معلومات وبيانات موضوعة من قبل المهندس المعمارى ، أو من قبل رب العمل الخبير فى فن البناء المتخصص فيه ، وذلك للوقوف على ما تحويه هذه الوثائق من أساليب وأسس وتعليمات يتعين عليه اتباعها فى عملية التنفيذ سواء ما تعلق منها بكيفية استخدام المواد كمّياً وكيفيّاً ، أو ما تعلق بغير ذلك من جوانب أخرى فى عملية التنفيذ، فَيُلِم بذلك إلماما تاما بدوره فى المشروع ، ويكون على بينة من أمره فيه (٢٢٠).

وتمكين المقاول من هذا الاطلاع والفحص لتلك الوثائق ،قبل البدء فى الجانب المادى لعملية التنفيذ ، يمكنه - بلاشك - من تنفيذ التزامه بإخطار المهندس المعمارى ورب العمل بما يستطيع كشفه فعلا - أو كان يتعين عليه أكتشافه لأنه لا يخفى على مقاول مجرب مثله - من عيوب ، فى هذه الوثائق ، يؤدى عدم استدراكها وإصلاحها قبل البدء فى التنفيذإلى عيوب فى البناء ،أو المنشأ الثابت الآخر ، قد تؤدى إلى حدوث تهدم كلى أو جزئى فيه أو تهدده فى متانته وسلامته ، أو تجعله غير صالح للهدف المخصص له (٢٢١). وعدم إخطاره لهما بهذه العيوب ، وقيامه بالتنفيذ دون إصلاح لها ، يجعله مسئولا - طبقا لأحكام مسئوليته الخاصة محل الدراسة - عما يحدث مستقبلا ، من أثر وجود هذه العيوب فى التنفيذ - من أحداث توجب تطبيق أحكام هذه المسئولية ،

---

(٢٢٠) بريكمونت : السابق ، بند ٦٤ ص ٦٤ ،كاستوف : السابق بندى ٤١٦، ٤١٧ ص ١٩٥ - ١٩٦ ويشير إلى حكم نقض فرنسى (الدائرة٣) فى ١٦/١٠/١٩٦٩ ، الذى قضى بمسئولية المقاول عن خلل نشأ عن خطأ فى التصميم كان بإمكان المقاول تجنبه ، أشار إليه شكرى سرور: السابق هامش ٧٤ ص ١١٦ ،

(٢٢١) بريكمونت : السابق ، بند ٦٤ ص ٦٤، السين الجزئية فى ١٩٣٨/٢/١ R.J.I ١٩٣٨ رقم ١٢٦٣ ،

وأساس مسئوليته هذه ليس لأنه ارتكب هذه الأخطاء فى الوثائق، فهى بطبيعة الأمر ليست من صنعه ، وإنما لأنه لم ينفذ التزامه بالنصح والإرشاد لرب العمل [(٢٢٢)]. إذ أنه إما أن يكون قد أكتشف العيوب فى الوثائق فعلا ، ولم يخطره بها ، وفى هذا ما ينم عن سوء نية منه ، قصد به - دون شك - الإضرار بالمهندس المعمارى ورب العمل ، وإما لأنه قصر فى أكتشاف هذه الأخطاء ، التى هى من الوضوح بحيث ما كانت لتخفى على مقاول من نفس مستواه ، وفى ذات ظروفه ، ومسئوليته هذه هى مسئولية أصلية - وليست مسئولية أحتياطية - أساسها إخلاله بالتزام عقدى منشؤه عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل ، وهو التزام ، إن لم يقتضه العقد صراحة فى بنوده ، يقتضيه مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود.

أما إذا كان المقاول قد أخطر المهندس المعمارى ، ورب العمل بما أمكنه كشفه من أخطاء فى هذه الوثائق ، وأبان لهما عن مدى خطورة التنفيذ مع وجود هذه الأخطاء ، فأصر المهندس المعمارى على موقفه من صحة هذه الوثائق والبيانات ، تعين على المقاول أن يحصل منه على أمر كتابى يأمره فيه بالالتزام بالوثائق المسلمة اليه كما هى ، رغم ما لاحظه المقاول من عيوب فيها ، وبذلك يحصن المقاول نفسه من المسئولية [(٢٢٣)].

هذا فيما يتعلق بضرورة الأطلاع على الوثائق المختلفة الخاصة بعملية التنفيذ . أما فيما يتعلق بالعملية المادية فى التنفيذ، والتى يتمثل فيها - كما قلنا حالا - الدور المنوط بالمقاول القيام به فى المشروع، فتصور الخطأ فيها يمكن أن يكون فى حالات ثلاث [(٢٢٤)]: الخطأ فى تنفيذ التصميم . أو الخطأ فى استخدام

(٢٢٢)كاستون: السابق ،بند ٤١٥ ص ١٩٤٠ نقض مدنى فرنسى(الدائرة ٣) فى ١٩٧١/٧/١ بيلتان رقم ٤٣٩ ص ٣١٤ . وفى ١٩٧٥/١٠/١ بيلتان رقم ٢٦٩ ص ٢٠٤،د. ١٩٧٧ ص ٥٣ تعليق E. Agostini ،مجلة القانون والمدينة R. Droit et ville ١٩٧٧ رقم ٣ ص ٣٦٣ . وفى ١٩٧٨/٥/٣٠ G. P. ٨ سبتمبر ١٩٧٨ مختصر ص ٨ .

(٢٢٣)هامونيك: السابق ، بند ٣٩٠ ص ١٠٢ ، ١٠٣ .

(٢٢٤)مينفييل : السابق بند ٢٢١ ص ١٨١ ، فلام ولوباف : السابق، بند ٧٣٤ ص ٤٢٣ .

المواد ، أو الخطأ فى أداء أعمال التنفيذ الأخرى .

أولا : الخطأ فى تنفيذ التصميم : يجب على المقاول أن يتبع بدقة الخرائط والرسومات الموضوعة من قبل المهندس المعمارى مصمم المشروع ، وخروجه عن شىء من ذلك - دون موافقة مسبقة من هذا الأخير معتمدة من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم (م ١١ من القانون ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ فى مصر، سالف الذكر) - يعتبر خطأ منه يستوجب مسئوليته على حسب الأحوال ،كأن ينفذ الجدران بسمك أقل مما هو مبين فى التصميم أو صب قواعد الأساسات أو الأعمدة الحاملة بأبعاد أقل مما هو واضح فى التصميم ، أو على مسافات على غير ما هو مثبت فيه ، أو تجاوز الارتفاع المثبت فى التصميمات(٢٢٥) .

ثانيا : الخطأ فى استخدام المواد : قلنا قبل قليل، إن المهندس المعمارى يحدد فى المقايسات الوصفية التى يضعها أنواع المواد التى يرى التنفيذ بها ، مبينا فى هذه المقايسات وكذا بكراسات الشروط - بالإضافة الى أوصافها وخصائصها - كيفية استخدامها كما وكيفا .

وعلى ذلك يتعين على المقاول أن يتبع فى استخدام هذه المواد التعليمات والبيانات التى يضعها المهندس المعمارى لهذا الغرض وينفذها بكل دقة وأمانة ، سواء ما تعلق منها بالكم

---

٢٢٥) السنهورى : الوسيط جـ ٧ بند ٤٥ ص ٨٥،٨١، الدورى : السابق ، ص ١٩٩ ، ياقوت : السابق بند ٤١ ص ١٠١، شكرى سرور : السابق بند ٨٧ ص ١١٥. وأنظر نقض مدنى مصرى فى ١٩٧٣/٥/٣١ مج.م.ف س ٢٤ ق ١٥٠ ص ٨٥٣ ، خاص بمخالفة الأصول الفنية عند تنفيذ الأساسات ، بوضع مواسير المياه ووسائل الصرف الصحى مجاورة لها تماما ، على خلاف مقتضى التصميمات ، مما أدى إلى تسرب مياه الصرف إليها ، مما تسبب عنه هبوط بعضها وظهور شروخ فى البناء نتيجة لذلك. وأنظر أيضا . فلام ولوباف:السابق بند ٧٣٧ ص ٤٢٧، ويشير إلى بروكسل الجزئية فى١٩٥٠/٦/٢١ .B.ull.J.T.O ص ٥٤ .

أو بالكيف (٢٢٦) فاذا ما وضع المهندس المعماري بكراسة الشروط نسبا معينه لتركيب الخرسانة المسلحة للأساسات مثلا ، تعين على المقاول تنفيذ العمل بذات النسب المحددة لا زيادة ولا نقصا ،كذلك إذا مارسم المهندس المعماري طريقا معينة لتنفيذ جزء من البناء بهذه المواد وجب على المقاول اتباع ذات الطريق دون حيد عنها أو اتباع لغيرها . كذلك فيما يتعلق بتركيب الأعمال ، أو الأجزاء منها ، أو العناصر التجهيزية لها، التي يوردها الصناع على المقاول أن يلتزم بذات الطريقة و البيانات المحددة من صناع هذه الأشياء (م ٤/١٧٩٢ مدني فرنسي (٢٢٧)

وعلى ذلك ، فإن عدم اتباع المقاول لبيانات الاستخدام الموضوعة من قبل المهندس المعماري كأن يكون قد غير في النسب المحددة ،أو تقليل عدد الأسياخ للمتر المربع في السقف مثلا، ميلا منه إلى الوفر أو أخطأ في استخدام الاسمنت المخصص لبناء الجدران مثلا واستعمله في صبة خرسانه الأساسات على خلاف مايقضي به الاتفاق من استخدام نوع معين من الاسمنت لهذه الأعمال ، يتفق وطبيعة التربة ، أو أن يركن إلى اتباع الوسائل أو الطرق الأقل تكلفة ، واستخدام الأيدي العاملة الغير مدربة أو الأقل في الخبرة رغبة في اجتناء ثمار ذلك ، زهادة في الأجر وقلة في الاتعاب ، فإن كل ذلك سوف يؤدي في النهاية إلى انعقاد المسئولية الخاصة ، إذا ما اجتمعت

---

(٢٢٦) انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها في الهامش السابق (السنهوري - الدوري - بريكمونت) بذات مواضعها . نقض مدني مصري في ١٩٦٧/٤/١٣ مج م.ف س ١٨ ق ١٢٧ ص ٨٣٥ . (عدم مراعاة الأصول الفنية في تنفيذ أعمال الخرسانة المسلحة مما أدى إلى ظهور شروخ في الأساسات).

(٢٢٧) راجع، فيما سبق، من ص: ٥١٦ : ص ٥٢٠ و المراجع المشار إليها هناك .

شرائطها وحدث شيء من موجباتها.

وإذا رأى المقاول اثناء التنفيذ ، ضرورة تعديل فى النسب مثلا،بما يتمشى وطبيعة التربة أو طبيعة المواد نفسها ، أو ضرورة تعديل أو تغيير فى كيفية الاستخدام ذاتها ، كان عليه فى غير حالة الاستعجال التى قد لاتحتمل تأخيرا - الحصول أولا على تصريح كتابى بذلك من المهندس المعمارى واضع التصميم ، أو المشرف على التنفيذ معتمدا من الجهة الإدارية المختصة بشئون التنظيم(٢٢٨)

ثالثا : الخطأ المتمثل فى عدم اتباع التعليمات ، والأوامر أو مخالفة قواعد الفن ، وماتقضى به القوانين و اللوائح المنظمة .

كذلك على المقاول اتباع كل التعليمات ، وأوامر المهندس المعمارى المشرف على التنفيذ و المتعلقة بهذه العملية ، طالما لم يتبين فيها خطأ أو قصورا ،أو مخالفة لقواعد الفن ، أو لما تقضى به القوانين و اللوائح ، كل ذلك فى حدود إمكانياته وقدراته (٢٢٩) ، فإن تبين شيئا من ذلك ، كان علية أن يراجع المهندس المعمارى واضع هذه التعليمات فورا ، ليتفقا معا على وجه الصواب فى الأمر ، على أن يكون رائده فى ذلك تحقيق الهدف

---

(٢٢٨) بلانيولوريبيرورواست : جـ١١ بند ٩٢٤ ص ١٦١ ، شنب : السابق بند ٧٠ ص ٩٠ ومابعدها ، السنهورى الوسيط . جـ٧ بند ٣٧ص٦٥ وهامش ١ بها ،وانظر المادة ١١ من القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ سالف الذكر الخاص بتوجية وتنظيم اعمال البناء فىمصر.

(٢٢٩) لذلك قضى بمسئولية المقاول الذى يضع سقف بوابة كبيرة - متأثرا بعامل السرعة - فى مرة واحدة؛فى الوقت الذى كانت تقضى فية تعليمات المهندس المعمارى بوضعه على مرتين متتاليتين يفصل بينهما فاصل من الزمن مناسب لتمام الجفاف أو التماسك (نقضهدنى فرنسى فى٢٦/١/١٩٦٠،باريس ٣/٤ /١٩٦٠ مذكوران فى فلام ولوباف : السابق بند ٧٣٧ ص ٤٢٧.

الأمثل ، والسعى لتحقيق الصالح العام وليس لمجرد الكيدوالتعطيل. ليس هذا فحسب ، بل عليه أيضا أن يراعى فى إجراء التنفيذ كل ما تقضى به قواعد الفن وأصول الصنعة (٢٣٠). وما تفرضه القوانين واللوائح المنظمة لهذا النوع من النشاط ، وما تصدره الجهات الإدارية المختصة من تعليمات فى هذا الخصوص (٢٣١). وكذلك ما

---

(٢٣٠) وتأكيدا لذلك قضى بأن المقاول يكون مسئولا عن الإتلافات الناتجه عن بنائه لدرج المدخل ، دون أن يجعله إلى جدار معين بالمخالفة لما تقضى به قواعد الفن وأصول الصنعة ، على الرغم من أن هذا الجدار ، الذى يجب أن يكون مسندا للدرج المذكور ، لم يكن منصوصا عنه فى التصميمات(مجلس الدولة الفرنسى ١٨٨٦/١١/١٢ د. الدورى ١٨٨٨- ٣ ص ٢٧) ، فالمقاول يجب أن يعرف أن هذا الجدار لازم وضرورى لمتانة البناء وصلابته . بريكمونت : السابق بند ٦٤ ص ٦٤ .

كما قضى بأنه يعتبر خرقا لقواعد الفن،بناء إفريز (بروز ،طنف)غيرمثبت تثبيتا محكما بالسقف - الذى يعتبر امتدادا له - أو بالحائط الناتىء عنها ، وغير مدعم بحوائط داعمة من أسفل ، وليس مشتملا على الصلابة المنصوص عليها فى التصميم(Anvers 1316, 1957jown.Trb.1958P.g). وقرب من هذا نقض جنائى مصرى فى ١٩٦٦/٦/٦ مج.م.ف س١٧ص٧٣٧، بصددمشرقة فى البناء لم يعمل لها التثبيت الكافى لحملها ، بالجدار الذى تبرز عنه ،مما أدى إلى سقوطها نتيجة ثقلها العادى . كما قضى أيضا بإدانة المقاول عن عدم اتباعه لقواعد الفن وأصول الصنعة فى داك ورصف أرضية البناء مما جعلها غير مانعة لتسرب المياه منها لأعلى . حتى ملأت أرضية الجراج،أو الدور تحت الأرض ،وكذلك عدم اتباع قواعد الفن فى عدم إحكام سد مسام القرميد المستعمل فى السقف مما جعله قابلا لنفاذ الماء منه إلى أسفل . كاستون: السابق بند ٤١٥ ص ١٩٤ ويشير إلى نقض مدنى فرنسى فى ١٩٧٠/١/٢٣ .

(٢٣١) نقض فرنسى (الدائرة ١)فى ١٩٦١/٧/١٣ د١٩٦١٠ ص ٧٧١، G.P ١٩٦١-٢ ص ١٣٨، A.J.P.I ١٩٦١ رقم ١٠٧ ص ١٥٥،س.روات فى ١٩٨٠/٤/٢٣م G.P ١٩٨١-١ ملخص ص ١٥ . وأنظر على الجانب المصرى على سبيل المثال : محمد كامل مرسى. بند ٩٧ص ٤٩٩، نقض مدنى مصرى فى ١٩٥٥/٦/٩ مج .م.ف س ٦ ق ١٦٥ص ١٢٣٥ ،وفى١٩٧٣/٥/٣١ مج.م.ف. س ٢٤ ق ١٥٠ ص ٨٥٣ . هذا وقد شدد المشرع المصرى العقوبة على جرائم العمد والإهمال الجسيم- بعدم مراعاة الأصول الفنية فى التصميم أو التنفيذ أو الإشراف على التنفيذ =

يثقل الأرض من ارتفاعات ، وعدم تجاوز المسطح المساحى الخاص برب العمل ، والمعد للبناء ، زيادة أو نقصا (٢٣٢).

ومخالفة المقاول لشئ من هذا الذى ذكرنا ، أو غيره ،مما يتعلق بهذا الأمر ، يوقعه تحت طائلة المسئولية المدنية - والجنائية أحيانا - العقدية طبقا للقواعد العامة فيها، لإخلاله بالتزام عقدى ،وكذلك المسئولية العشرية ،إذا توافرت شروطها ، كل ذلك بحسب أهمية الحدث المترتب على المخالفة ، وتاريخ وقوعه، ولا يعفيه من ذلك كونه تعاقد مع رب العمل بأجر زهيد . ثمنا للمواد وللعمالة .فذلك لن يكون من أسباب التخفيف عنه ، إذا كان المالك من غير أهل الفن (٢٣٣).

= أو الغش فى أستخدام مواد البناء أو استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات،وجعلها السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن عشرة ،وغرامة لا تقل عن ٥٠ ألف جنيه ولاتزيد عن قيمة الأعمال المخالفة بالإضافة إلى حظر التعامل مع المقاول المخالف ....

للمدة التى تقررها المحكمة .(م ٢٢ مكرر من القانون رقم ١٠٦ لسنه ١٩٧٦ المضافة بالقانون رقم ٣٠ لسنه ١٩٨٣- أنظر حامد عبد الحليم الشريف . السابق ص ٢٦٦ - ٢٧٠) .

(٢٣٢) أنظر فى ذلك : نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٧٣/١٢/١٩. د. ١٩٧٨ I.R. ص ٣٢٩، G.P. ١٩٧٨ - ١ بانوراما ص ٨٧ ،حيث قضى فيه بتأييد حكم كان قد أدان المقاول بأن يدفع لرب العمل كل مادفعه من تعويضات للجار المالك الذى تعدى المقاول - حين تنفيذه لأساسات المبنى - على ملكه ، رغم أنه ملتزم بالحصول منه على ترخيص قبل حفر الأساسات وذلك بمقتضى الاتفاق المبرم بينه وبين رب العمل ، لأنه لم ينفذ هذا الالتزام .

(٢٣٣) بودرى وقال ح ٢ بند ٣٩٣٢ ، فلام ولوباف : السابق بند ٧٣٥ ص ٤٢٦ . كاستون : السابق بند ٤١٥ ص ١٩٤، محمد كامل مرسى : السابق بند ٥٩٧ ص ٤٩٩ . وأنظر أيضا نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٧/١١/٢١ بيلتان رقم ٣٣٧ ص ٢٥٢، نفس المحكمة (الدائرة ٣) فى ١٩٦٩/٣/١٩ بيلتان رقم ٢٤٣ ص ١٨٧ .

كذلك لايجوز الاستناد إلى عدم كفاية الإشراف والرقابة من جانب المهندس المعماري لعملية التنفيذ للقول باستبعاد مسئولية المقاول عن الأخطاء التي يرتكبها في التنفيذ[٢٣٤]. ذلك أن المقاول لاينبغي ان يكون سلبيا تماما من جانبه في عملية التنفيذ ، مستندا تماما على إشراف ورقابة المهندس المعماري، فهو ليس مجرد آلة في يد هذا الأخير ، ولكنه رجل فن وتخصص، مثله، ويعمل مستقلا تماما عنه ، وهذه من أهم خصائص عقد المقاولة الذي يعمل بمقتضاه[٢٣٥].

والتزام المقاول هنا هو التزام بتحقيق نتيجة ، فلا يكفيه القول : أنه قد قام بتنفيذ العمل المكلف به ، وإنما عليه أن يثبت أن هذا التنفيذ قد تم طبقا لما هو منصوص عليه في العقد من شروط ومواصفات ، ومتفقا مع قواعد الفن المتبعة في هذا الخصوص ، وغير مخالف لما تقضي به القوانين واللوائح المنظمة ، ويكفي رب العمل أن يثبت عدم مطابقة تنفيذ المقاول لشيء من ذلك ، حتى يعتبر هذا الأخير مخلا بالتزامه ، دون حاجة إلى إثبات خطأ أو تقصير من جانبه، فإن مخالفة شيء مما ذكرنا ، أو غيره مما يوجبه الاتفاق أو الأصول الراسخة للمهنة هي الخطأ بذاتها[٢٣٦]. وسوف لايستطيع المقاول جب المسئولية عن نفسه بعد ذلك ، إلا بإثبات

---

(٢٣٤) مجلس الدولة الفرنسي في ١٨٩٧/١٢/١٧ سيرى ١٨٩٩-٣-ص١١٠.

(٢٣٥) ج.دلفو : السابق بند ٢٣٩ ص ٢٠١ ، بريكمونت السابق. بند ٦٤ ص ٦٤ ، شنب : السابق بند ١١٤ ص ١٣٩ وانظر س . مصر في ١٩٣١/٥/٥ المحاماة ١٢-٦٨-١١٦ مشار إليه أيضا في شنب بذات الموضع .

(٢٣٦) شنب : السابق بند ٧٠ ص ٨٩-٩٠ ، السنهوري : الوسيط ج ٧ بند ٣٧ ص ٦٦ ، ٣٨ ص ٦٧ . وقرب من ذلك نقض مدني مصري في الطعن رقم ٤١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣ مج.م . ف س ٢١ ق ١٧١ ص ١٠٦٨ ، عكس ذلك : دي باج ج ٤ بند ٨٨٠ ص ٩٠٧ .

السبب الأجنبى (٢٣٧).

** **أنواع الرقابة التى يخضع لها المقاول فى عملية التنفيذ**

والمقاول فى وضعه لكل ما سبق موضع التنفيذ المادى ليس حرا فى ذلك، دون رقابة عليه من أحد، بل يكون - فى الحقيقة - خاضعا لثلاثة أنواع متزامنة من الرقابة؛ رقابة من المهندس المعمارى، المكلف بمقتضى العقد (٢٣٨) المبرم بينه وبين رب العمل بالإشارف والرقابة على التنفيذ ورقابة من رب العمل نفسه، باعتباره صاحب المصلحة الأولى - والمعنى بهذه الحماية القانونية من قبل المشرع إلى جانب المصلحة العامة - فى أن يتم التنفيذ على الوجه الأمثل خاليا من العيوب مبرءا من الشوائب (٢٣٩). أما الرقابة الثالثة والأخيرة، فهى تلك التى تباشرها الجهات الإدارية المختصة بشئون التنظيم والبناء، لتضمن بها سلامة وصدق تطبيق القوانين واللوائح التى تنظم بها هذا المجال من النشاط البشرى (٢٤٠).

---

(٢٣٧) شنب : الهامش السابق، السنهورى : الهامش السابق، شكرى سرور : السابق بند ٨٩ ص ٢١٥ وما بعدها .

(٢٣٨) وهذه هى القاعدة، إلا إذا اقتضى العقد أن يقتصر دوره على مجرد وضع التصميم فقط، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ (م ٦٥٢، مدنى مصرى) وانظر على الجانب الفرنسى أحكام النقض (عرائض) فى ٢٢ / ٤ / ١٩٤٠ د. الأسبوعى ١٩٤٠ ص ١٤٩، حيث قررت محكمة النقض أن الالتزام بالإشراف والرقابة على التنفيذ من جانب المهندس المعمارى يدخل فى النطاق الطبيعى والمعتاد لدوره إلا إذا كانت هناك اتفاقات تقضى بغير ذلك. انظر أيضا المادة ٣ من مرسوم ٢٤ من سبتمبر ١٩٤١ :
L'architecte dirige et surveille les travaux; il assure que ceux-ci sont bien conduit, conformement aux plans et devis describtif..."

(٢٣٩) (م ٦٥٠ مدنى مصرى) وانظر السنهورى: الوسيط جـ٧ بند ٤٥ ص ٨١ : ٨٣ .

(٢٤٠) شكرى سرور: السابق بند ٨٩: ٩٠ ص ١١٦-١١٨، وانظر الفقرتين ٢، ٣ من المادة ١١ من القانون رقم ١٠٦ لـ١٩٧٦ سالف الذكر، فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء فى مصر..

وإذا كنا قد أعطينا المقاول حق الاعتراض على حالة التربة أو على التصميمات ذاتها أو على المواد الموردة إليه بمعرفة رب العمل أو غيره ، طالما استطاع أن يكشف عيبا فى شىء من ذلك - أو كان من المفروض عليه أن يكتشفه لأنه من الوضوح بحيث لايفوت على مقاول مجرب مثله - من شأنه أن يؤدى إلى حدوث تهدم فى العقار المنشأ أو تهديد لمتانة البناء وسلامته أو جعله غير صالح للهدف المخصص له وأن يخطر المهندس المعمارى ورب العمل بما يتكشف له وأعطيناه أيضا الحق فى الامتناع عن التنفيذ ، إذا كان رب العمل مورد التربة أو التصميمات أو المواد - على حسب الأحوال - من غير أهل التخصص فى فن البناء والتشييد ، عند إصرار هذا الأخير رغم الإخطار وعدم إجابته المقاول إلى الإصلاح ، وذلك طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى مصرى وما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسى هناك كما سبق أن بينا (٢٤١).

فلا عجب ان يخضع المقاول الان فى مرحلة التنفيذ - الذى هو فارسها ومتقلد أمرها - لهذه الانواع الثلاثة من الرقابة - وبذلك تتحقق الرقابة المتبادلة بين كل من المساهمين فى عملية التشييد والبناء .

---

(٢٤١) انظر فيما سبق ص ٧٧٠ وما بعدها .

النبذة الثانية : شروط العيوب الموجبة لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة .

أشرنا عند بداية هذا المطلب إلى أن المشرع المصرى ،لم يجعل مطلق العيب موجبا لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، وإنما اقتضى فيه وضعا معينا ، هو أن يكون هذا العيب على درجه من الخطورة ، بحيث يعرض للخطر متانة البناء وسلامته .

كما ألمحنا كذلك ،إلى أن الفقه والقضاء قد أضافا إلى ذلك شرطا ، استوحياه من القواعد العامة ،فى إعمال إرادة المتعاقدين، مقتضاه أن يكون هذا العيب خفيا ، بحيث لم يستطع رب العمل كشفه عند التسلم ،

وعلى ذلك يقتضينا المنهج دراسة هذه النبذة فى بندين مستقلين ، بينما نخصص الأول منهما لشرط الخطورة فى العيب ،نجعل الثانى لشرط خفائه .

البند الأول : خطورة العيب

تقضى الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ مدنى مصرى بأن" يشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة الأولى ، ما يوجد فى المبانى والمنشآت من عيوب ، يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته" .

كذلك يمكن أن يستشف هذا الشرط أيضا من المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ، فى صياغتها الأولى فى سنه ١٨٠٤ ،التى ضمنت المهندس المعمارى والمقاول تلف البناء ، سواء كان هذا التلف ناتجا عن عيب فى التشييد ، أو حتى عن عيب فى الأرض ذاتها (١) ،فمفاد هذا أيضا هو أن يكون العيب على درجة معينة من الخطورة ،بحيث يؤدى إلى تلف البناء ذاته .

---

(١) انظر، فيما سبق، النص بالفرنسية هامش ٢ ص ٣٣٣ .

هذا بالإضافة إلى أن الفقه والقضاء الفرنسيين لم يقفا - كما سبق أن أشرنا - عند هذا المظهر من مظاهر الخطورة [٢]، بل أضافا إليه مظهرا آخر استنبطاه من عموم مفهوم نص المادة ١٧٩٢ مدني . مقتضاه ، أن يجعل العيب البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر، غير صالح لتحقيق الهدف الذى شيد من أجله .

وعلى ذلك فإننا نتناول هذا الشرط فى نقطتين مستقلتين: نبين فى الأولى منهما ، كيف أن مظهر الخطورة يتمثل فى تهديد متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر وسلامته ، ثم نوضح فى الثانية . كيف أن هذا المظهر يتمثل أيضا ،فى أن يجعل العيب البناء، أو المنشأ الثابت الآخر ، غير صالح لتحقيق الهدف الذى شيد من أجل تحقيقه.

أولا : العيب يهدد متانة البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، وسلامته .

(١) فى القانون المصرى :

أشرنا فيما سبق ، وفى أكثر من موضع [٣]، إلى أن وجود العيب الذى يهدد متانة البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر وسلامته ،كشرط موضوعى ، أو كموجب من موجبات تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة، قد نص عليه صراحة ،فى القانون المدنى المصرى ، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ من هذا القانون ، حيث نصت على أن " يشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من هذه المادة ، ما يوجد فى المبانى أو المنشآت من عيوب ،يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته " .

فها قد استعمل المشرع المصرى ،فى هذه الفقرة ، اللفظ الخاص بالدلالة على مقصوده مباشرة ، وهو لفظ " عيوب " فالمشرع قصد ألا يجعل هذا الضمان قاصرا على التهدم الفعلى ،كليا كان أم جزئيا ، وإنما أراد أن يمد نطاقه موضوعيا ،ليشمل ما قد يوجد فى المبانى

(٢) وهو التهديد أو التعريض للخطر ،متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر وسلامته المتمثل فى تهدمه أو تلفه كليا أو جزئيا.

(٣) راجع، فيما سبق، من ص ٧٠٤ ، ص ٧٠٨ .

أو المنشآت الثابتة الأخرى ،من عيوب ،وإن كانت لا ترقى إلى أن تؤدى بها إلى التهدم الكلى أو الجزئى ، إلا أنه يترتب ضرورة على وجودها بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر ، تهديد لمتانته وسلامته .

ولقد كانت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قد قررت ، أثناء مناقشتها لمشروع القانون المدنى المصرى الجديد، فى تفسيرها للفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦٥١ سالفة الذكر " أن الفقرة الأولى تواجه حالة التهدم الكلى أو الجزئى خلال عشر سنوات ، وهى تطابق فى حكمها حكم القانون الحالى (القانون المدنى القديم أو الملغى) أما الفقرة الثانية ، فتأتى بحكم جديد، فلا تبنى المسئولية على التهدم الواقع بالفعل خلال عشر سنوات ، بل تصنع أساس المسئولية على وجود عيب فى البناء ، يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته ، ما دام هذا العيب يظهر فى خلال عشر سنوات، ولو لم يقع تهدم بالفعل ، فى ظرف هذه العشر سنوات"(٤).

وفى رأينا ،فإن هذا الذى ذهبت إليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، من تفسير ،ليس بسديد ، فلا مطابقة فى الأولى ، ولا استحداث فى الثانية ، وإنما كل ما فى الأمر ،تفصيل مجمل ، وتخصيص عام ، وهو أمر نراه محمودا فى السياسة التشريعية ، حتى لا يقع اللبس فى الفهم ، ولا يكون الشطط فى التفسير والتأويل .

بيان ذلك ، أن المادة ٤٠٩/٥٠٠ من القانون المدنى القديم، أو الملغى ، كانت تنص على أن " المهندس المعمارى والمقاول مسئولان مع التضامن عن خلل البناء فى مدة عشر سنين ..."(٥) فالمشرع المصرى القديم استعمل كلمة " خلل " لتقابل كلمة
التى استعملها المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ مدنى لتعبر عن ذات القصد وتؤدى ذات المعنى المراد .

---

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية . حـ ٥ ص ٢٤ ، ياقوت : المرجع السابق. هامش ٢٧٨ ص ١١٩ .
(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية حـ ٥ ص ١٩ ، ٢٠ .

ولفظ "خلل" الذى استعمله المشرع المصرى القديم، لفظ عام فى اللغة ، لايقتصر معناه على التهدم الكلى أو الجزئى(٦)، بل هو يشتمل أيضا على معنى الوهن والضعف ، والفساد، والتصدع والتشقق (٧)،ولاشك أن كل هذه عيوب تقوم بالبناء، أو المنشأ الثابت الآخر ، فتؤدى - حسب أهميتها - إلى تهدمه كليا أو جزئيا ، كما قد تؤدى إلى تهديد متانته وسلامته (٨).

وهكذا ، كما قلنا ، لااستحداث فى الأمر ، فلفظ " خلل" الذى جاء به المشرع المصرى القديم ، يعنى ، فيما يعنيه ، كل العيوب التى يمكن أن تلحق بالبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، سواء منها ما يؤدى إلى تهدمه كليا أو جزئيا، أوما يقف عند مجرد تهديد متانته وسلامته ، وما فعله المشرع المصرى الجديد هو أنه استبدل العام بالخاص، ليكون أخص فى الدلالة وأدق فى التعبير ، وليتجنب - كما أشرنا - اللبس فى الفهم والشطط فى التفسير والتأويل .

---

(٦) حتى توجد المطابقة بين الفقرة الأولى من المادة ٦٥١مدنىجديد والمادة ٥٠٠/٤٠٩مدنى قديم، كما جاء بتفسير اللجنة المذكور.

(٧) راجع فى ذلك :القاموس المحيط : سابق . ج ٣ ص ٣٨٠ومابعدها باب اللام فصل الخاء" ومختار الصحاح السابق . ص ١٨٧ عمود ٢ ، ص ١٨٨ عمود ١ ، حيث جاء بهما أن "الخلل هو منفرج ما بين الشيئين وهو أيضا الوهن فى الأمر . والفساد فيه ، واختل الأمر ، أى ، نقض وهزل أى ، وقع فيه الخلل" فواضح أن هذه كلها ألفاظ تتضمن معنى العيب .

(٨) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٣٩/١/٥ مج عمر ج ٢ ق ١٥٤ص ٤٥٢ حيث تقول "لم تشترط المادة ٤٠٩ مدنى قديم لقيام مسئولية المقاول أوالمهندس المعمارى غير حدوث الخلل فى البناء ، ولم تنقل من التشريع الفرنسى ما تقضى به المادة ١٧٩٢ من ضرورة حصول التهدم الكلى او الجزئى ، ومن ثم فإنه وفقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة يكفى لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى به فى الضمان خللا فى متانتة ".طابق :(نقض مدنى فى ١٩٥٥/٦/٩ مج.م.ف س ١٦ ق ١٦٥ ص ١٢٣٥) وقرب نقض مدنى =

وطبقا لهذا الذى فصله مشرعنا المصرى بعد إجمال ، وخصصه بعد عموم (٩)، فإن أحكام هذه المسئولية الخاصة لاتقتصر في تطبيقها موضوعيا فقط على حالة التهدم الكلى أو الجزئى الحادث فعلا بالبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر (١٠)، وإنما تمتد بصريح النص (م٠ ٢/٦٥١) لتشمل ما يلحق بالعقار المشيد من عيوب أخرى ، وإن لم تبلغ فى خطورتها مبلغ أن تجعله يتهدم بالفعل ، تهدما كليا أو جزئيا ، لكنها على قدر من الخطورة لايستهان به أيضا ، بحيث تهدده فى متانته وسلامته ، وعلى ذلك استقر رأى كل من الفقه والقضاء المصريين (١١). حيث لا اجتهاد فى

= ١٩٧٣/٥/٣١ مج٠م٠ف س ٢٤ ق ١٥٠ ص ٨٥٣ " الخلل أو العيب فى البناء الذى يهدد متانة البناء وسلامته ، وهو الشرط الأساسى للضمان الخاص ".

(٩) ولاشك ان مشرعنا المصرى استفاد فى ذلك ، بما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا ، من عدم اشتراط حدوث تهدم فعلى كلى او جزئى - لتطبيق احكام هذه المسئولية ، بل اكتفى بمجرد تهديد متانة البناء وسلامته ، كما سبق ان اشرنا ، وكما سيأتى بيانه بتفصيل او فى بعد قليل . انظر فى هذا المعنى . ياقوت : المرجع السابق . هامش ٢٩٠ ص ١٢٤ .

(١٠) انظر فيما سبق من ص ٧٠٤ : ص ٧٠٨ .

(١١) محمد كامل مرسى : السابق بند ٥٩٧ ص ٤٩٩ ، توفيق حسن فرج: السابق ص ٤٩ ، أبو علم : السابق ص ٢٧ ، شنب السابق . بند ١٠٨ ص ١٢٦ السنهورى : الوسيط ج ٧ بند ٦٧ ص ١١٤ ، العطار السابق بند ٤/٥٢ - ب ص ١٢٤ ، الدورى السابق ص ٢٠٢، عنبر بند ١٥١ ص ١٧٤ وما بعدها، محمد ابراهيم دسوقى : السابق. ص ١١٩ بند ٤٩ ، شكرى سرور : السابق . بندى ١٩٧، ١٩٨ص٢٢٣، ٢٢٤ ، محمد حسين منصور : السابق ص ٧٤. نقض مدنى مصرى فى ١٩٣٩/١/٥ ، وفى ١٩٥٥/٦/٩ سالفى الذكر هامش ٨ أعلاه، وفى ١٩٧٣/٥/٣١ مج ٠م٠ف س ٢٤ ق ١٥٠ ص ٨٥٣ "الخلل أو العيب فى البناء هو الذى يهدد متانة البناء أو سلامته هو الشرط الأساسى للضمان الخاص.." . وانظر ايضا س مختلط فى ١٩٠١/٥/٣٠ م١٣ ص ٣٤٧ ، وفى ١٩٢٦/٤/٢٩ م ٣٨ ص ٣٧٩ .

مورد النص .

والعيوب التى تهدد البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، فى متانته وسلامته ، هى تلك التى تلحقه فى مجموعه ، بأن يشمل العيب كل العقار ، كخلل فى مجموع أساسات البناء ، أو فى كل الهياكل الحاملة فيه ، أو تصدعات فى الأسقف أو الجدران أو الكمرات الداعمة به ، أو الخطأ فى تركيب أنابيب التغذية بمياه الشرب ، أو أنابيب الصرف الصحى ، أو خطوط المداخن أو التكييف المركزى ، إلى غير ذلك . أو تلك التى تلحقه فى جزء من الأجزاء الرئيسية فيه كان يكون الخلل منصبا على بعض الأساسات لا كلها ، أو على جزء من الهياكل الحاملة ، أو بعض الأسقف أو الجدران ، أو الكمرات الداعمة أو على قسم بعينه من المنافع العامة سالفة الذكر بأنواعها المختلفة [١٢].

ولا عبرة بكون هذه العيوب قد نشأت عن عدم دراسة للأرض ذاتها أو عن إهمال فى هذه الدراسة ، أو نجد أساسها فى خطأ فى التصميم أو المقايسات التى وضعها المهندس المعمارى أو تستند إلى عيب فى المواد المستخدمة فى البناء ، أو يكون سببها خطأ فى العملية المادية للتنفيذ حدث من المقاول المنوط به هذا التنفيذ ، ولم تفد رقابة المهندس المعمارى فى استدراكه ، على الوجه الذى سبق بيانه تفصيلا فى النبذة الأولى من هذا المطلب [١٣].

---

(١٢) راجع فيما سبق مظاهر هذه العيوب بتفصيل أوفى من ص ٧٤٦ : ص ٧٥٨ وانظر أيضا : شنب : الهامش السابق ، السنهورى : الوسيط . جـ ٧ بند ٦٥ ص ١١٣ : ١١٤ ، العطار : السابق ، بند ٥٢ - ٤/ب ص ١٢٤ ، ياقوت : السابق بند ٥٠ ص ١٢٥ .

(١٣) راجع فيما سبق من ص ٧٤٦ : ص ٧٥٨ ، وانظر أيضا : السنهورى الهامش السابق ، العطار : الهامش السابق .

أما ما يصيب البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، من عيوب لاترقى فى خطورتها أو جسامتها إلى أن تنال من متانته وسلامته ، كالتشققات البسيطة الناتجه عن عملية التريبح العادى للأرض تحت العقار المشيد ، أو عيب بسيط فى خط تغذية أو خط صرف خارجي من أنابيب المنافع العامة ، حيث يقتصر ضرر العيب على هذا الخط فقط ، ولايتطلب إصلاحه المساس بغيره من جنسه أو من غير جنسه ، أو الخطأ فى بعض التوصيلات الكهربائية البسيطة أو الفرعية ، أو سقوط بعض من مونة تمليط السقف أو الجدران ، أو العيب الناشىء عن توزيع الأماكن توزيعا غير مريح داخل البناء، أو عدم جمالها (١٤)، أو الذى يشوب أبواب المبنى أو نوافذه أو بياضه (١٥)، أو فى أعمال الزخرفة فيه(١٦)، إلى غير ذلك من العيوب البسيطة ، التى لايمكن - بحسب المجرى العادى للأمور - أن تؤدى إلى تهديد متانة العقار المشيد أو سلامته (١٧).

هذه العيوب وأمثالها مما يمكن قياسه عليها ، لايمكن اعتبارها - طبقا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ مدنى مصرى - موجبا من موجبات تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة (١٨) بل يتخلص منها المهندس المعمارى والمقاول بحصول التسليم (١٩)،

---

(١٤) شنب : السابق ٠ بند ١٠٨ ص ١٢٦ ، س مختلط فى ١٩٢٦/٤/٢٩ م ٣٨ ص ٣٧٩ ٠

(١٥) العطار : السابق : بند ٤/٥٢ - ب ص ١٢٤ ، شكرى سرور: السابق ٠ بند ٢٠١ ص ٢٢٦ ٠

(١٦) الدورى : السابق٠ص٢٠٣، س مختلط فى ١٩٠١/٥/٣٠م١٣ص ٣٤٧٠

(١٧) السنهورى:الوسيطج٧بند٦٥ص ١١٤،ياقوت :السابق بند ٤٩ص ١٢١٠

(١٨) توفيق حسن فرج : السابق ، ص ٤٩ ، شنب : السابق بند ١٠٨ ص ١٢٦ ، ياقوت : الهامش السابق ٠

(١٩) محمدكامل مرسى :السابق بند ٩٧ص ٤٩٩، مصطفى أبو علم ، السابق ، ص ٢٧ ، شكرى سرور : السابق ، بند ٢٠٠ ص ٢٢٦ ٠

وقبول العمل من المالك ، دون إبداء أى تحفظات عليـه [٢٠] ، إلا إذا كان العيب خفيا فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف الصناعة [٢١]. وذلك لخروج هذه العيوب عن الوصف المعين الذى حدده المشرع المصرى للعيوب التى تشكل ، فى نظره ، سبب تطبيق أحكام هذه المسئولية ، وهو وصف التهديد لمتانة البناء ، أوالمنشآ الثابت الآخر ، وسلامته ، وذلك هو مقتضى مفهوم المخالفة من المادة ٢/٦٥١ مدنى سالفة الذكر [٢٢].

ولاشك أن هذا أمر تقتضيه - فى نظرنا - السياسة التشريعية الحكيمة ، ذلك أن قواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة ، بما أتت به من تشديد فى مسئولية كل من المهندس المعمارى والمقاول، هى استثناء من القواعد العامة ، اقتضته اعتبارات معينة ، قامت على الساحة العملية ، فألحت على المشرع - تحقيقا لها - تنظيم هذا النوع من المسئولية ، الخاصة بهذا المجال من مجالات النشاط البشرى . فكان طبيعيا أن يناط تطبيق هذه الأحكام الخاصة بأنواع خاصة أيضا من العيوب ، تكون على درجة معينة من الجسامة أو الخطورة ، بحيث تبرر هذا الاستثناء وتقتضيه ، وبحيث تقصره عليها ، فلا يتعداها إلى غيرها مما لايتوافر فيها مناط تطبيقه ، فهذه الأخيرة تتكفل بها

---

(٢٠) العطار : السابق . بند ٤١٥٢- ب ص ١٢٤ ، الدورى : السابق ص ٢٠٣ ، عنبر : السابق هامش ٣٧٤ ص ١٧٦ .

(٢١) السنهورى : الوسيط . ج ٧ بند ٦٥ ص ١١٤ وهامش ١ ص ١١٥ ، س مختلط . فى ١٩٢٦/٤/٢٩ سابق الإشارة .

(٢٢) هذا وقد كانت المادة ٢/٨٩٦ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد تصرح بهذا الحكم "أما ما دون ذلك من عيوب، كعدم الملاءمة فى ترتيب الأماكن المختلفة أو النقص فيما ينبغى أن تكون عليه من جمال فنى ، فلا يترتب عليه سوى ما تقرره القواعد العامة من مسئولية تعاقدية أو تقصيرية " إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة فى هذا الخصوص .

القواعد العامة فى المسئولية من عقدية وتقصيرية ، على حسب الأحوال ، فإن فيها الكفاية بالنسبة لها .

على أن اعتبار العيب مما يهدد متانة البناء وسلامته [٢٣] ، من عدمه [٢٤] ، هى مسألة واقع مما يختص بتقديرها قاضى الموضوع ، وفقا لظروف كل حالة على حدة ، بمقتضى ما له من سلطة تقديرية مطلقة على الواقع ، ودون رقابة عليه فيها من محكمة النقض [٢٥] . ويذهب رأى وجيه فى الفقة [٢٦] ، إلى أنه ليس هناك ما يمنع من أن تهتدى محكمة الموضوع فى ذلك بفكرة الترميمات اللازمة لحفظ المبنى المعروفة فى عقد الإيجار ، فكل ما أدى إلى هذه الترميمات أو تطلب أكثر منها ، يعتبر مما يهدد سلامة البناء ومتانته ، مما يتعين معه تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة عليها ، أما ما دون ذلك من أعمال ، فالعيوب التى تتطلبها لاتعتبر عيوبا من الخطورة بمكان بحيث تهدد متانة البناء وسلامته ، وبالتالى فهى تخضع لأحكام القواعد العامة فى المسئولية من عقدية أو تقصيرية ، على حسب الأحوال .

لكن هل يشترط فى العيب ـ حتى يخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة ـ أن يكون قديما ، بمعنى أن يكون موجودا بالبناء قبل تاريخ تسلمه مقبولا من رب العمل ، أو على الأقل أن تكون جرثومته موجودة بالنباء قبل هذا التاريخ ؟

---

(٢٣) فيخضع لقواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة .

(٢٤) فتحكمه القواعد العامة للمسئولية دون تلك الأحكام الخاصة .

(٢٥) العطار : السابق ٤/٥٢٠ ـ ب ص ١٢٤ ، ياقوت: السابق، بند ٤٩ ص ١٢١ ، شكرى سرور : السابق ، بند ٢٠٠ ص ٢٢٤ .

(٢٦) العطار : الهامش السابق .

يرى أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب [٢٧]، أنه لايشترط في العيب أن يكون قديما أى موجودا بالبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، وقت قبول رب العمل له ، فأحكام هذه المسئولية الخاصة تتناول العيوب القديمة ، كما تتناول العيوب الطارئة بعد القبول ، ويقرر سيادته أنه " في ذلك يبدو خروج أحكام مسئولية المهندس المعماري والمقاول على القواعد العامة في المسئولية الناشئة عن عقد المقاولة ، إذ لايضمن المقاول عيوب عمله ، وفقا لهذه القواعد إلا إذا كانت قديمة ، أى موجودة في العمل عند تسليمه ، أو على الأقل ، أن يكون مصدرها موجودا في ذلك الوقت ، أما مسئولية المهندس المعماري - المقاول ، وفقا للمادة ٦٥١ مدنى ، فتتحقق ولو لم يثبت أن العيب كان موجودا في المبنى وقت إقرار رب العمل له ".

ونحن من جانبنا نرى أن هذا النظر جدير بالتأييد، ذلك لأنه يتمشى وقصد المشرع من تقريره لأحكام هذا الضمان الخاص ، بالمادة ٦٥١ مدنى ، ذلك أن مقتضى هذا الضمان أن يسلم المهندس المعماري والمقاول إلى رب العمل بناء خاليا من العيوب وقت تسليمه له ، ليس هذا فحسب ، بل وأن يستمر كذلك حتى مرور عشر سنوات ، اعتبارا من تاريخ هذا التسلم ، فإذا ما ظهر بهذا البناء ، أو المنشآت الثابتة الأخرى، عيب يهدد متانته وسلامته قبل انقضاء هذا الأجل ، فقد ثبت إخلالهما بالتزامهما هذا ، وحقت مساءلتهما طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، وليس على رب العمل أن يثبت خطأ من جانبهما ترتب عليه طروء هذا العيب ، فهو معفى من هذا الإثبات إذ أن عدم

---

(٢٧) المرجع السابق • بند ١٠٨ ص ١٢٧ ، وانظر من نفس هذا الرأى : السنهورى : الوسيط • جـ ٧ هامش ٣ ص ١١٦ ،العطار : السابق ، ٢/٥٢٤ـب ص ١٢٥ • وانظر عكس هذا الرأى ،أى ضرورة وجود سبب العيب فى العمل ، على الأقل ، عند معاينة وإقراره • مالنخورجستان • المرجع السابق بند ٨٩ ص ١١١ ، ياقوت : المرجع السابق بند ٣٩ ص ٩٧ •

تحقق النتيجة المتفق عليها هو الخطأ بذاته [٢٨]. وعليهما إن أرادا فكاكا من هذه المسئولية أن يثبتا أن ظروء هذا العيب على البناء أو المنشأ الثابت الآخر خلال مدة الضمان ، إنما يرجع فى أساسه إلى سبب أجنبى لايدلهما فيه [٢٩].

٢ - فى القانون الفرنسى :

يذهب الفقه والقضاء المصريان [٣٠] إلى أن القانون الفرنسى - على عكس القانون المصرى - لم يتحدث إلا عن التهدم الكلى أو الجزئى فى البناء (م ١٧٩٢ مدنى فرنسى) وأنه لم يجعل من العيوب - أيا كانت درجتها من الخطورة - موجبا من موجبات تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، ما لم تؤدِ إلى التهدم الفعلى فى البناء ، كليا كان هذا التهدم أمجزئيا. ولعل الذى أدى - فى نظرنا - إلى ذلك ، هو تخصيص عام ، فى الترجمه ، دون مخصص ، ذلك أن كلمة "Perit" التى جاءت بها المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ، فى صباغتها الأولى سنه ١٨٠٤، ذات

(٢٨) انظر، فيما سبق، الفقه والقضاء المشار إليهما فى هامش ٢٣٦ ص ٧٨٧، وانظر نقض مدنى مصرى فى الطعن رقم ٣٢٥ لسنه ٣٠ ق جلسة ١٠/٦/١٩٦٥ مج ٠م ٠فه٠س ١٦ ق ١١٧ ص ٧٣٦، حيث قضت المحكمة بأن التزام المقاول والمهندس الوارد فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى هو التزام بنتيجة؛ هى بقاء البناء الذى يشيد انه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة الإثبات خطأما ".

(٢٩) راجع الفقه والقضاء المشار إليهما فى هامش ٢٣٧، ص ٧٨٨ ، فيما سبق .

(٣٠) انظر بالإضافة إلى الفقه والقضاء المشار إليهما فى هامش ٤ ص ٧٠٦ ، ياقوت : السابق ٠ هامش ٢٧٧ ص ١١٨ ، شكرى سرور: السابق ٠ بند ١٩٨ ص ٢٢٣ وما بعدها .

مدلول عام ، هو عموم التلف ، إلا أنه عند ترجمتها إلى العربية ، ترجمت إلى معنى خاص ، هو " التهدم " وهو وإن كان أحد معانيها ، إلا أنه ليس هو كل ما تعبر عنه من معان ، وعلى هذا المعنى الخاص قصرها هذا البعض ، فأدى به ذلك إلى هذا القول .

ولكننا ، وكما سبق أن أشرنا في أكثر من موضع (٣١)، إذا ترجمنا كلمة "Perit" ذات المعنى العام في اللغة الفرنسية ، إلى كلمة "تلف" ذات المعنى العام أيضا في اللغة العربية ، لأمكننا أن ندرك تماما أن المشرع الفرنسي لم يقصر نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة على حالة التهدم الكلي أو الجزئي فقط ، بل على العكس - وكما فهمه الفقه والقضاء الفرنسيان . كما سبق أن أشرنا (٣٢)، وكما سيأتي بيانه حالا بشيء من التفصيل - أراد بسط أحكام هذه المسئولية لتسري على كل العيوب التي توجد في البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، متى كان من شأنها أن تؤدي إلى تهدم العقار المشيد كليا أو جزئيا ، أو إلى أن تجعله مهددا في متانته وسلامته ، بل وإلى أن تجعله غير صالح لتحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله . فهذه كلها معان خاصة ، تدخل ضمن المعنى العام لكلمة "Périt" بمعنى "تلف" فالتلف كما يشمل التهدم الكلي أو الجزئي ، يشمل أيضا تهديد متانة البناء وسلامته ، كما يشمل كذلك ، إخراج الشيء عن دائرة تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله ، فالشيء يكون تالفا - بطبيعة الحال - إذا لم يكن أهلا لتحقيق ما أنشئ من أجله من هدف .

---

(٣١) راجع فيما سبق هامش ٢ ص٤٥٢ ، هامش ٢ ص ٦٤٦ ، ص ٦٩٦ ، وما بعدها هامش ٢، ٣ بهما ، ومن ص٧٠٤ إلى ص٧٠٧ والمراجع والأحكام المشار إليها بهوامشها .

(٣٢) راجع فيما سبق ص ٧٠٥ ومابعدها .

وعلى ذلك فإننا نخلص من هذا التحليل ، إلى أن العيوب التى تهدد متانة البناء ، أو المنشآ الثابت الآخر ، وسلامته ، تدخل ضمن النطاق الموضوعى لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، شأنها تماما شأن التهدم الكلى أوالجزئى ، وأن القانون الفرنسى لايختلف فى ذلك عن القانون المصرى القديم أو الجديد ، غاية مافى الأمر - بالنسبة لهذا الأخير - هو اختلاف أسلوب الصياغة التى اتبعت فى كل من التشريعين ، فالمشرع المصرى فى صياغته للمادة ٦٥١ من القانون المدنى الجديد لجأ - تجنبا للبس ، وتحاشيا للشطط فى التفسير ، كما قلنا - إلى اسلوب التخصيص بعد التعميم الذى كان عليه القانون المدنى القديم فى ٥٠٠/٤٠٩ منه ، كما سبق أن بينا . أما واضعوا التقنين المدنى الفرنسى ، فى صياغته الأصليه سنه ١٨٠٤ . فتجنبا للإطالة فى النص ، ورغبة فى الإيجاز فيه (٣٣). لجأوا إلى أسلوب التعميم ، الذى يعيبه - عادة - أن يكون أوسع دلاله من المراد .

ولعل الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى يؤكد هذا الذى فهمنا ، فهى تشير بوضوح - كما يقول ر. نيجر (٣٤) - إلى أن المشرع الفرنسى أراد أن يجازى أو يعاقبه فقط على العيوب الخطيرة التى تعرض البناء أو المنشآ الثابت الآخر للخطر . فلقد أشار مسيو بيرنجير Bérenger ، بمناسبة مناقشة المادة ١١٣ من المشروع . "أن البناء يمكن أن تبدو عليه كل مظاهر الصلابة والمتانة ، ومع ذلك يكون مشوبا بعيوب

---

(٣٣) وربماكان هذا اتجاها عاما لديهم ، لكثرة عدد المواد التى تضمنها هذا التقنين (٢٢٨٣ مادة) .

(٣٤) المرجع السابق . بند ٢٩ ص ٦٣ . وانظر أيضا فى نفس المعنى بلانيول وريبير ورواست : ج ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٣ .

خطيرة ، تجعله مهددا بالسقوط بعد فترة بسيطة من الزمن، فيجب إذن ، أن يكون المهندس المعمارى مسئولا عن هذه العيوب خلال مدة كافية للتأكد من أن البناء متينا خاليا من العيوب .

على أن إجابة مسيو RÉAL على الاعتراض الذى أثاره سيو Tronchet أوكد دلالة فى هذا الخصوص ، ذلك أن هذا الأخير كان قد اقترح أن يبين بجلاء ، أن المهندس المعمارى يكون مسئولا ، فى كل مرة تعرض فيها العيوب - سواء كانت عيوبا فى عملية التشييد أو عيوبا فى الأرض ذاتها - للخطر متانة البناء وسلامته " فأجاب مسيو RÉAL بأن "كلمة " Périt " تتضمن هذا التوضيح المراد "(٣٥).

هذا الذى فهمناه من نص المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ، هو الذى كاد يجمع عليه غالب الفقه والقضاء الفرنسيين هناك ، سواء فى نطاق القانون العام أم الخاص ، استنادا إلى عموم مفهوم كلمة "Périt" التى كما تدل - كما سبق أن أشرنا فى مقدمة هذا المطلب - على التهدم الكلى أو الجزئى ، فهى تتضمن أيضا مفهوم العيب الذى يهدد متانة البناء وسلامته ، ولذلك لم يتطلب هذا الغالب من الفقه ، والقضاء ، ضرورة وقوع التهدم الفعلى - كليا كان أم جزئيا - للبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، وإنما اكتفى بمجرد وجود عيب فى البناء يعرض للخطر متانته وسلامته (٣٦).

---

(٣٥) FENET (الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى) ج ١٤ ص ٢٦٢ وما بعدها .

(٣٦) انظر على سبيل المثال : الفقه والقضاء المشار إليه فيما بعد بالصفحات من ٨٠٤ - ٨١٥ بهوامشها .

ونسوق الدليل على هذا الذى أجملنا ببعض اقوال الفقهاء الفرنسيين فى هذا الخصوص ، ثم - تأكيدا للنظر بالعمل - نبين مسلك القضاء الفرنسى فيه عبر مراحل تطوره المختلفة .

أ - بعض كتابات الفقهاء :

١ - فى القانون الخاص :

"Les entrepreneurs sont responsables pendant dix ans des vices de La construction par eux édifiée alors même que ces vices n'en compromettent pas la solidite, du moment qu'ils rendent la chose impropre à l'usage auquel elle doit être destinée"(37)

"..La responsabilité décennale de l'architecte n'existe que s'il s'agit de vices compromettant la solidité des bâtiments..."(38).

"Répétons donc que le propriétaire ne pourra agir contre L'architecte que si la solidité du bâtiment est en jeu et non pour n'importe quelle autre malfaçon..."(39).

"Bien que l'interprétation de l'art. 1792 paraisse réserver La garantie décennale au seul cas de ruine d'un édifice, La doctrine et la jurisprudence s'accordent à recomaitre que l'action en responsabilité décennale est recevable en cas de

(٣٧) هامونيك HAMONIC : المرجع السابق بند ٢٩١ ص ٨٠

(٣٨) ، (٣٩) - مينفييل Ninvielle : رسالته السابقة . بند ٢٣٣ ص ١٩١ ، ١٩٢ .

danger manifeste d'écroulement"[40]

"Il suffit donc, pour que les art. 1792 et 2270 reçoivent application, que l'édifice tout entier, ou qu une partie de L'ouvrage soit sur le point de s'écrouler, par suite d'un vice de construction..."[41].

"Cette faute doit revêtir un caractère d'exceptiomelle gravité, on ne saurait rechercher les constructeurs en responsabilité pendant dix ans pour une peccadille consistant en une simple malfacon. Il faut que la construction soit atteinte d'un vice grave qui compromette sa solidité ......[42].

"Mais les travoux préparatoires du Code civil montrent que le législateur n'a entendu rendre ces personnes responsables qu'à deux conditions: 1° Il faut qu'il s'agisse de vices interessant la solidité de la construction. La réception de L'ouvrage couvre les simples malfaçons qui me compromettent pas cette solidité...."[43]

(٤٠)، (٤١) - ر.نيجر : رسالته - بند ٢٩ ص ٦٢ ، ٦٣

(٤٢) سان موريس : رسالته ص ١١٤ ٠

(٤٣) بلانيول وريبير وروااست : ج ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٣ ، ١٩٤ ٠

"En réalité, les articles 1792 et 2270 s'oppliquent chaque fois que Le vice compromet la solidité du bâtiment ou d'une de ses parties maitresses[44]

"Selon L'articles 1792 du Code civil la responsabilité décennale serait engagée lorsque L'ouvrage "périt en tout ou en partie". Jamais les tribunaux administratifs et judiciaires n'ont appliqué cette article à la lettre et n'ont exigé que le vice de construction produise des effets aussi radicaux. On ne peut restraindre le champ d'appliquation de la garantie décemale aux désordres qui entrainent la ruine effective des ouvrages; de telles hypothèses sont relativement peu fréquentes...."[45].

"La ruine de L'ouvrage n'est pas nécessaire; il suffit que le danger de ruine soit imminent voire même Latent...."[46]

"En effet, La responsabilité doit être recherchée dès qu'il y a préjudice né et actuel, La simple menace de ruine d'un ouvrage constitue bien un tel préjudice, car L'ouvrage qui menace ruine perd une grande partie de Sa valeur

---

(٤٤) بريكمونت : السابق بند ١٠٥ ص ١١٢ .

marchande et de son utilite, il n'y a donc pas simplement préjudice éventuel, Il en est d'ailleurs de même lorsque le vice de construction est susceptible de compromettre l'ouvrage dans so solidite, sa durée et sa conservation. Dans ce cas, il n'y a pas menace de ruine au sens propre du terme, mais la défectuosité est suffisament grave puisqu' elle compromet la solidilé de l'ouvrage, elle est donc prise en considération sans qu il soit mécessaire d'attendre qu'elle ait entraîne la ruine totale ou partielle de la construction[47].

"À la distinction admise par la jurisprudence civil entre gros oeuvre et menus ouvrages, le Conseil d'Etat préfère, pour caractériser les vices susceptibles d'engager la responsabilité des constructeurs, la notion de "desordres de nature" à compromettre la solidité de l'ouvrage[48]."

"La rédaction du nouvel article 1792 C. civ. reprend une formulation qui est la motivation traditionelle des arrets du Conseil d'Etat. Seuls ouvrent droit a réparation les dommages (ou désordres) de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage...[49].

---

(٤٥)،(٤٦)،(٤٧) ـ كانتيلوب : المرجع السابق ، ص٤٦ ، ٤٧ .

(٤٨) جابولـــد : المقال الســابق ، بند ١٤ .

(٤٩) فرانك مودرن : المقال السابق ، ص ٣٩ عمود ١ .

ب- موقف القضاء الفرنسي :

أما عن القضاء الفرنسي، فلم يتردد يوما ما في اعتبار وجود العيوب بالبناء أو المنشآت الثابتة الأخرى موجبا من موجبات تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة (٥٠)، وإن كانت قد اختلفت أحكامه فيما بينها، فيما يتعلق بدرجة خطورة العيب التي تجعل منه سببا من أسباب تطبيق هذه الأحكام، متدرجة في هذه الخطورة بين مراحل ثلاث (٥١)، دون أن يستطيع الباحث الوقوف على فاصل زمني معين يفصل بين كل مرحلة وأخرى، وإنما نجدها متعاصرة التطبيق، متزامنة المطلقة (٥٢).

فبينما يذهب القضاء الغالب - من واقع فهمه الصحيح لمقصود المشرع، وتفسيره السديد للمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدني فرنسي باعتبارهما متكاملتين في تحقيق هذا المقصود - إلى ضرورة أن يكون العيب مما يعرض للخطر متانة البناء، أو المنشآت الثابتة الأخرى وسلامتها سواء في مجموعها، أو في جزء أساسي منها، حتى يمكن القول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة عليه، أما إن كان العيب دون ذلك من الخطورة، فتسري عليه أحكام القواعد العامة للمسئولية، من عقدية وتقصيرية على

---

(٥٠) انظر ما سبق أن أوردناه من أقوال الفقه الفرنسي في هذا الخصوص لا سيما: رونيجر من فقه القانون الخاص وكانتيلوب من فقه القانون العام.

(٥١) انظر في ذلك مينفيبيل: بند ٣٣٢ ص ٩٩١، فوسيرو: المقال السابق، ص ٢٠، ٢١.

(٥٢) انظر بسوان: المرجع السابق، جـ ٢ بند ١٣ ص ٤٨٦، بسبويلي: المرجع السابق ط ١٩٧٩ بند ٣٩٢ ص ٣٤٩.

حسب الأحوال (٥٣).

ففي حين ذهب بعضهم من هذا القضاء إلى أنه ليس من الضروري أن يكون العيب على درجة من الخطورة، بحيث يعرض للخطر متانة البناء وسلامته، بل يكفي أن يكون على درجة من الخطورة، بحيث يسبب لرب العمل أو للمالك ضرراً يكون محل اعتبار بالنسبة له (٥٤). أو أن تكون العيوب على درجة من الخطورة، بحيث تتجاوز بها دائرة التوقع المعقول في مثل هذا البناء (٥٥).

على أن فريقاً آخر من القضاء لم يقف عند هذا الحد من التوسع في تطبيق نص المادة ١٧٩٢، بل تجاوزه وتعداه مستنداً فقط إلى نص المادة ٢٢٧٠ التي لم تتحدث عن عيوب مطلقاً بل عن […] القول بأنه لا يشترط لقبول دعوى المسئولية

---

(٥٣) انظر من هذا القضاء الغالب على سبيل المثال:

Cass. can. ch. reunies, 1/8, 1882; (D.P. 1883, 1, 5, S. 1883, 1, 5); Cass. Civ. 23/10, 1888 civ. D.P. 1889, 1, 90 cass. Req. 16/7, 1889 (D.P. 1890, 1, 448, S. 1890 1, 350) Cass. Civ. 22/10, 1946 (J.C.P. 1947, 11, 3482, G.P. 1947, 1, P. 18; 11 fév. 1947 (J.C.P. 1947, 11, 3599 n. ASS.)
C.A. Rennes 9/4, 1870 (D.P. 1878, 2, P. 110); Montpellier, 22, 7, 1901 (D.P. 1902, 2, P. 460); Sent. Arb. Liège 7, 10, 1935 (J.L. 1936 P. 119) cité par Bricmont op. Cit. N. 105 p. 111. Comm. Liège 21/5/1955 (J.T. 1955 P. 713, J.L. 1955-56 P. 231) cité par M. GEVERS Op. Cit. P. 141 N. 2. Trib. civ. de la Seine, 9/2, 1955 (D.H. 1956 P. 117).

(٥٤)، (٥٥)

(54)(55) Cass, civ. Req. 16.7, 1889 (D.P. 1890, 1, 488, S. 1889, 1, 196) cass. civ. 3, 12, 1890 (D.P. 1891, 1, 151), Cass. civ. (1er ch.) 18, 10, 1965 (Bull. civ. 1965, II N. 546 P. 414).

العشرية ضد المهندس المعمارى أو المقاول ، أن يكون العيب على درجة معينة من الخطورة كما ذهب الرأيان السابقان فى القضاء ، بل إن مجرد العيوب البسيطة "Les simples malfaçons " ، تكفى لقبول هذه الدعوى متى كانت موجودة فى عمل كبير " gros oeuvre "أو أنه يعرض السلامة العامة للخطر، وإن لم يعرض للخطر متانة البناء وسلامته (٥٦).

على أن هذا التوسع المبالغ فيه ، من جانب هذا القضاء ، وفى نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، وإن كان قد أيده نفر قليل من الفقه (٥٧)، إلا أنه تعرض - ويحق - للنقد الشديد من الجانب الأكبر من الفقه الفرنسى ، الذى رأى فيه تجاوزا لقصد المشرع ، من تقرير أحكام هذه المسئولية ، ببسط نطاقها إلى مجال لم يدر بخلده ، كما أن فيه إهدارا لأبسط

= Cass. Civ. (3° Ch.) 9,1,1969 (Bull. Civ. 1969, 3,N°29 P. 26). C.A. Pau 29,7,1875 (S. 1879, 2, 317); Com. Gand 3/4 1926 (J.C. Fl. 1926, p.71); C.A. Gand 4,5, 1927 (J.C. Fl. 1927. P. 166) les deux cités par Bricmont op. Cit N. 105 P. 111, T.G.I. Fontainebleau 21,5,1908; T.G.I. de la Seine 21,3,1894 les dux cités par Minvielle op. cit. N. 648, 649, P. 191.

(٥٦)

(56) Cass. Civ. 3/12,1890 (S. 1891,1,343), 19, 12, 1928 (G.P. 1929,1,262, D.H. 1929 P. 66) Cass. Civ.(1 er ch.) 5,1,1960 (Bull. Civ. 1960, 1 N 5, G. P. 1960,1, 189) Cass. Civ. (1 er ch.) 29,11, 1960 (G.P. 1961, 1, P. 268, A.J.P.I. 1961 N° 68 P. 35) Cass.Civ.(1er ch.) 5,5,1965 J.C.P. 1965, 11, 14269 Cass. Civ.(1et ch.) 20 juin 1966 Bull. Civ. 1966,1,375 P. 289. Cass. Civ.(3°ch.) 28 fèv. 1969 Bull.Civ . 1969, 3, 180, P. 137. C.A. Pau: 27,11,1876 (S. 1878,2,19), Douai;31,7, 1897 (D. 1899,2,211). Brux. 13,7,1911 (P.1911,2, 263). Com. Liège: 27,10,1939 (J.L. 1940 P. 57).

قواعد التفسير ، التي تقضي بعدم التوسع في تفسير القواعد والأحكام الاستثنائية وعدم القياس عليها ، بل قصرها على ما وردت فيه ، كذلك ، إن في هذا الاتجاه تشديد في أحكام مسئولية هي في الأصل مشددة ، وليست بحاجة إلى مزيد من التضييق والتشديد (٥٨).

واستجابة لسهام النقد الشديد، الموجه من جانب الفقه الفرنسي لهذا القضاء ، فإن الاتجاه الذي ساد الآن - ومنذ العام القضائي ١٩٦٩/١٩٧٠ (٥٩) ، لاسيما في قضاء الدائرة الثالثة من الدوائر المدنية لمحكمة النقض هناك - هو التشدد في ضرورة توافر وصف الخطورة بالعيب ، بحيث لابد وأن يكون هذا العيب الذي يشكل سبب قبول دعوى المسئولية العشرية ، ضد المهندس المعماري والمقاول . معرضا للخطر متانة البناء ، أو المنشآ

= Trib. Civ. de la Seine: 15,3,1899 cite par Minvielle op. cit. P. 191 N. 647.

(٥٧) (57) Perrin et Rendu: Op. Cit N°291; Duvergier: Louage, II, N°357.

(٥٨) (58) Minvielle: op.cit N°233 P. 191 et s. R.NEGRE: Op. cit N°29 P. 62; Bricmont Op. cit. N°105 P.111 et S.; Cantelaube; op.cit. p. 48, Soinne: op.cit, t. II p. 489 et S.; Mazeaud: op. cit. t. II.1070-12 P. 96; Al Bou (F.): Le défaut d'origine phonique du bâtiment d'habitation et la responsabilité des constructeurs" Thèse Paris II 1981 P. 209.

(٥٩) (59) B. Boubli: Op. cit. N° 392 P. 250.

الآخر الثابت ، وسلامته (٦٠).

وعلى ذلك ، واستنادا إلى هذا الاتجاه الجديد ، لمحكمة النقض الفرنسية ، فإن مجرد توافر هذا الوصف بالعيب ، كاف فى حد ذاته لقبول دعوى المسئولية العشرية ، ضد كل من المهندس المعمارى والمقاول ، دون أن يكون هناك ثمة داع للانتظار حتى يحدث التهدم الفعلى بالبناء (٦١).

هذا فيما يتعلق بالقضاء العادى ، أما قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فلم يجار ذلك البعض من القضاء العادى فيما ذهب إليه من توسع مغالى فيه فى نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة وإنما ظل ثابتا على مبدئه ، من ضرورة أن يكون العيب من الخطورة بمكان ، بحيث يهدد متانة البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، وسلامته . حتى يكون سببا معتبرا فى قبول دعوى المسئولية العشرية ضد المهندس المعمارى والمقاول (٦٢)

(٦٠) (60) Cass. Civ. 3° 9,1,1969 Bull Civ. 1969 3 N. 29 P. 26; 28, 2,1969 précite, 19,6,1969 ibid N° 500 P. 377. Cass. Civ. 3°: 9,12,1970 (Bull. Civ.1970 3 N°682 P. 495) D. 1971 somm. P.65), 9,6,1971 (Bull. Civ. 1971 - 3°N° 360 P. 256); 20,3,1973 (Bull. Civ. 1973-3°N° 210 P. 151, A.J.P.I. 1973, N°152 P. 1175), 22,4,1975 (Bull. civ 1975 3°N° 127 P. 96), 5,5,1975 (Bull. civ. 1975-3° N° 149 P. 113, G.P. 1975,2, P. 738 N.A. Planqueel, D. 1977, P. 53, Droit et ville 1977, 3° P. 362), 22,4,1976 (D. 1977 somm. P. 95); 19, 1,1977 (Bull. cin. 1977, 3°N°29 P. 24), 16,3,1977 (Bull civ. 1977, 3°N° 126 P. 98), 7,6,1978 (Bull. civ. 1978, 3° N°241 P. 184).

(٦١) (61) Fraissaingéa: Op. cit N°45; Bricmont: Op. Cit. N° 106 P. 112; B; Soinne, Op. Cit. t. II. N°°17 P. 496.

(٦٢) (62) CANTELAUBE: Op. Cit. P. 47; GABOLDE: art. Op. cit. N°14, C. E.: 29,11,1911 (Rec.leb.

=

بل إن مجلس الدولة الفرنسي - ثباتا منه على هذا المبدأ - كثيرا ما يكتفي في تسبيب أحكامه برفض دعوى المسئولية العشرية ، بأن العيوب محل النزاع ، لم تكن على درجة من الخطورة بحيث تعرض للخطر متانة البناء وسلامته ، دون أن يعرج على بيان نوع هذه العيوب المتنازع فيها (٦٣).

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ، لاينكر على المتعاقدين أن يضمنوا صفقاتهم شرطا اتفاقيا ، يتسع بمقتضاه نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، بحيث تسري على كل العيوب التي توجد بالبناء ، ولو لم يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته (٦٤).

أما فيما يتعلق بتقدير خطورة العيب الموجود بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر ، وعما إذا كان من شأنه أن يهدد متانة البناء وسلامته من عدمه ، فإن الأمر - كما هو الحال في مصر - لايعدو ان يكون مسألة واقع يختص بها قاضي الموضوع ، يقدرها بالنظر إلى ظروف كل دعوى على حدة (٦٥).

وتطبيقا لذلك ، قضي بأنه يعتبر عيبا جسيما يعرض للخطر متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر وسلامته ، وبالتالي يخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة :

= P.1116), 14, 11, 1934 (ibid. P. 1058). 3,5, 1940 ibid. P. 156), 7,6,1950 (ibid. P. 349, 30,1,1957 (A.J.D.A. 1957,11, 258 N°253); 18,3,1963 (Rev. dr. Adm. 1963, P. 131), 5,11,1965 (Rec. leb. P. 589, J.C.P. 1966,11,1454) انظر بالاضافة الى ذلك احكام القضاء الإداري المشار اليها في هـ ٢٩ ص ٩٩٤ من سوان

(٦٣) (63) CANTELAUBE: Note: précité C.E.; 4,3,1892 Rec. leb. P. 247); 2,7,1901 (ibid. P. 748) 19,5, 1936 (ibid, P. 578), 4,3,1940 (ibid. P. 127).

(٦٤) (64) GABOLDE: art. Op. cit N° 16 C.E.: 17,12,1954 (S. 1955, 3,15) cité par Gabolde.

(٦٥) (65) GABOLDE: art. Op. cit. N° 15; Fossereau: art Op; cit. P. 21, B.Boubli Op. cit 2° éd. 1979 ,

- الهبوط أو الانخساف فى أرضيات البناء الناتج عن استعمال أخشاب ضعيفة (٦٦).

- استعمال أخشاب معيبة فى البناء (٦٧).

- عمل سقف ثقيل جدا بالنسبة للهيكل الذى يحمله مما يؤدى إلى الانهيار (٦٨).

- عيوب التشييد التى تلحق بالبناء فتجعل الدور الأرضى منه رطبا للغاية وغير صحى ، أو تجعل خزان مياه الصرف الصحى ، رطبا جدا جدا وغير صالح للاستعمال (٦٩).

- عدم إحكام سد مسام الجدران ، وما عسى أن يكون موجودا بها من ثقوب صغيرة ، وكذلك قنوات الصرف الصحى ، فى مختلف أماكن وجودها (٧٠).

=N°393 P. 250; Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz:art op. cit N° 29.

(66) C.A. Paris: 11,1,1845,cite par HAMONIC,Op. cit N°278 P. 79 "L'affaissement des planchers provenant de la faiblesse de bois" et en même sens: C.E. 3, 11,1967 cité par Gabold. Op. cit. N° 15.

(67) Paris: 28 déc. 1871 cité par HAMONIC op. cit. N°287 P. 80 "L"emploi de bois defectueux".

(68) Trib.Civ . de la seine: 16,7,1880, Cité par HAMONIC op. cit. N°288 P. 80 "Le fait d'établir une couverture trop lourde pour la charpent qui la supporte, ce qui amène L'ecroulement".

(69) C.A. de Rouen: 5,7,1883, Cité par HAMONIC Op. cit. N°276, 277 P. 79.

(70) Comm- Liège: 21 mai 1955 précité; en même sens C.E. 8 jiull 1966 (Rec.Leb.P. 495).

وعلى وجه العموم كل العيوب التى من شأنها أن تصيب العناصر الرئيسية فى البناء مثل الأساسات ، والجدران ، والأسقف والتركيبات الميكانيكية أو الكهربائية الكبيرة بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر (٧١).

كما قضى بأنه لايعتبر عيبا خطيرا يعرض للخطر متانة البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، وسلامته ، وبالتالى لايخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، بل تحكمه القواعد العامة فى المسئولية من عقدية وتقصيرية على حسب الأحول : " بعض الأحكام على سبيل المثال" .

- وضع بعض الأحجار المعيبة على حافة حوض (٧٢).
- وجود أحجار مشقوقة فى جدار المواجهة الذى لايرتكز عليه شيء (٧٣).
- سقوط التمليط ودهانات الأسقف فى فصل دراسى (٧٤).
- عدم إحكام سد جدران كهف بالبناء (٧٥).
- أو العيب فى تمليط واجهات البناء (٧٦).
- العيب فى بياض أو دهان الجدران (٧٧).

---

(71) GABOLDE : art. Op. cit N° 15.

(72) C.E.: 25 juil. 1872 Rec. lebon P. 474.

(73) C.E. 17 : Civ. 1882 Rec. lebon P. 194.

(74) C.E.: 31 Janv. 1908 Rec. lebon P. 104.

(75) Trib.civ. d'Envèrs 17 juin 1898 P.A. 1899, 1, 344 cité par Bricmont. Op. cit. N.20 P.117

(76) Trib.civ de la seine:20 mars 1935 D.H.1937 somm. P. 3.

(77) C.A.Paris: 24 juin 1933 D.H. 1935 P. 529.

٣ - تعليقنا على هذا المظهر من مظاهر خطورة العيوب :

اتضح لنا من خلال دراستنا هذه ، كيف أن وجود العيوب فى البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، والتى هى على قدر من الجسامة فى الخطورة بحيث تهدد [(٧٨)] ، أو تعرض للخطر [(٧٩)] ، متانة العقار المشيد وسلامته ، هى من أسباب تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، بحيث يحق لرب العمل أو المالك - حالة وجود مثل هذه العيوب ، بوصفها هذا - أن يقيم دعوى المسئولية العشرية على المهندس المعمارى والمقاول ، وليس عليه ، إلا أن يثبت وجود هذه العيوب فى العقار المشيد ، فيلقى بذلك بكرة الإثبات فى ساحة هذين الأخيرين ، اللذين لن يستطيعا الفكاك من مسئوليتهما إلا بإثبات السبب الأجنبى ، الذى لايدلهما فيه ، والذى تسبب بمفرده فى وجود هذه العيوب بالبناء .

وإذا كان القانون المصرى والفرنسى لايختلفان - كمارأينا - فى هذا الخصوص من حيث المبدأ إلا أن الاختلاف بدأ فى المدى المطلوب من الخطورة للعيب ، حتى يقال بسريان أحكام المسئولية العشرية عليه ، فحين نجد المدى ثابتا ، والخط واضحا فى القانون المصرى ، بفضل اتخاذه صياغة محكمة واختياره لأساليب خاصة فى الدلالة على مراده . إذا بنا نجدهذا المدى ، فى أحكام القضاء الفرنسى ، فى تذبذب مستمر ، انخفاضا وارتفاعا بقدر الخطورة المطلوبة فى العيب ، حتى تسرى عليه أحكام هذه المسئولية، من قائل بضرورة أن يكون العيب معرضا للخطر متانة البناء وسلامته

---

(٧٨) حسب تعبير القانون المدنى المصرى (م ٢/٦٥١).

(٧٩) حسب تعبير الفقه والقضاء الفرنسيين ، وايضا الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى ، على الوضع السالف بيانه .

إلى مقتضى لدرجة من الخطورة تقل عن ذلك ، إلى غير متطلب لأى درجة من الخطورة ، بل تكفى فى نظره - استنادا إلى المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى - مجرد العيوب البسيطة "les simples malfaçons " متى لحقت بعمل كبير " gros oeuvre".

وما أدى إلى هذا الخلاف فى الرأى بين أوساط القضاء الفرنسى - فى نظرنا - سوى الصياغة العامة المطلقة التى صيغت بها المادة ١٧٩٢ مدنى باستعمالها لكلمة " périt" وهى كلمة ذات مفهوم عام ، فى حاجة إلى ما يخصصه حيث لم يكف كما رأينا تخصيص المقام للمقال ، وكذلك اختلاف الألفاظ التى استعملها للدلالة على الأعمال التى تشكل محلا للضمان العشرى ، فى كل من المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من القانون المدنى حيث استعمل فى الأولى كلمة "L'édifice" حين استعمل فى الثانية عبارة "Les gros ouvrages ....." .

ثانيا: العيب يجعل البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، غير صالح لتحقيق الغرض الذى أقيم من أجله

أوضحنا عند دراستنا لمظاهر الخطأ فى التصميم، أن هذا الخطأ قد تنتج عنه عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وعرضنا أمثلة لذلك، كذلك أوضحنا أنه قد تنتج عنه عيوب تجعل البناء غير صالح لتحقيق الغرض الذى شيد من أجله، ومثلنا لذلك كذلك ببعض الأمثلة.

وبينا عند دراستنا للنقطة الأولى من هذه النبذة، كيف أن كلا من المشرعين المصرى والفرنسى، اعتد فى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالعيوب التى يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.. كمظهر من مظاهر خطورة هذه العيوب - وأدخلها ضمن نطاق تطبيق هذه الأحكام، على اختلاف فى الأسلوب الذى سلكه كل منهما للوصول إلى هذه الغاية على الوجه السالف بيانه.

والآن نحاول فى هذه النقطة، أن نبين مدى اعتداد كل من القانونين المصرى والفرنسى. بهذا المظهر الثانى من مظاهر خطورة العيب، وهو إخراج البناء، أو المنشأ الثابت الآخر من دائرة تحقيق الغرض الذى شيد من أجل تحقيقه، وذلك فيما يتعلق بإخضاع العيب الذى يتمثل فيه هذا المظهر من مظاهر الخطورة لأحكام هذه المسئولية الخاصة من عدمه.

١- القانون المصرى :

إن الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى، قد استلزمت - كما رأينا فى البند السابق(١) - فى العيوب الموجبة لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة وصفا معينا، اقتضته على سبيل التخصيص والتعيين، هو أن تكون هذه العيوب من الخطورة والجسامة بحيث تهدد متانة البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، وسلامته، وبينا أن هذه العيوب يمكن أن ترد على البناء أو المنشأ الثابت الآخر، كله، كما يمكن أن ترد أيضا على جزء من الأجزاء الرئيسية فيه.

وهذا الوصف الذى أسبغه مشرعنا المصرى على تلك العيوب، والذى

١- راجع، فيما سبق، نص هذه الفقرة ص ٧٩١.

اقتضى ضرورة توافره فيها حتى تكون سببا لقبول دعوى المسئولية العشرية ضد كل من المهندس المعماري والمقاول، هو وصف محدد منضبط، استعمل المشرع في اقتضائه ألفاظا خاصة الدلالة، محددة المضمون، مانعة من دخول غيره معه، وبذلك حدد هذا الوصف العيوب التي أراد المشرع إخضاعها لأحكام هذه المسئولية الخاصة تحديدا دقيقا، مبينا كنهها، موضحها كيفها، معينا درجة خطورتها وجسامتها .

وإزاء هذا الوصف المحدد المنضبط، وما أضفناه على هذه العيوب من تعيين وتحديد، لايمكن القول - في ظل حكم نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري - بأن العيوب التي لايترتب عليها تهديد متانة البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، وسلامته.(٢) تدخل ضمن نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة، وذلك لتخلف الوصف المقتضى تشريعيا عنها، حتى ولو ترتب على وجود هذه العيوب بالبناء، أو المنشأ الثابت الآخر، أن اخرجته من دائرة تحقيق هدفه، الذي كان سبب تشييده وعلة إقامته.

وبناء على ذلك، فإن العيوب التي يقتصر دورها على أن تجعل البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، غير صالح لتحقيق الغرض الذي أقيم من أجله، لاتخضع لأحكام وقواعد هذه المسئولية الخاصة - مالم يترتب عليها إلى جانب ذلك تهديد لمتانة البناء وسلامته - بل تسرى عليها القواعد العامة للمسئولية من عقدية أو تقصيرية على حسب الأحوال، وهذا هو ما عليه الفقه(٣) والقضاء(٤) المصريين، وما كان يمكن أن يكون غير ذلك

٢- انظر فيما سبق، أمثلة لهذه العيوب . ص ٨١٥ .
٣- ياقوت: المرجع السابق: بند ٥٢ ص ١٢٨: ١٣٣ شكرى سرور: المرجع السابق بند ٢٠٢ ص ٢٢٨ وهامش ١٤٠ بها.
٤- انظر نقض مدني مصرى في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ في الطعن رقم ٥٧ س ٨ ق (مجموعة عمر ح٢ ق ١٥٤ ص ٤٥٢) حيث جاء به: "... ومن ثم فإنه وفقا لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، يكفى لقبول دعوى الضمان، أن يكون العيب المدعى به في البناء خللا في متانته..." ويطابقه تماما، لفظا ومعنى، حكم النقض الصادر في ١٩٥٥/٦/٩ طعن رقم ٨٠ لسنة ٢٢ ق مج.م.ف س ٦ ق ١٦٥ ص ١٢٣٥ ومعنى قول المحكمة "يكفى" أى أن هذا هو الحد الأدنى من العيوب لقبول دعوى الضمان.
وأنظر ايضا الحكم الصادر في ١٠ يونيو ١٩٦٥ في الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق مج.م.ف س ١٦ ق ١١٧ ص ٧٣٦ حيث جاء به "فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العيب الموجب لضمان المقاول، ناشئ عن خطئه في إرساء الأساسات على أرض طفلية، غير صالحة للتأسيس عليها، وعدم النزول

فى ظل نص محكم كنص المادة ٢/٦٥١ من القانون المدنى المصرى سالفة الذكر .

٢- القانون الفرنسى :

رأينا فيما سبق،كيف أن كلا من الفقه والقضاء الفرنسيين قد توسعا فى تفسيرهما لنص المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى،إلى الحد الذى رأينا ، من عدم اقتضاء حدوث التهدم الفعلى - الكلى أو الجزئى - للبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر،للقول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة للمهندس المعمارى والمقاول،بل نادى الفقه ،وطبق القضاء أحكام هذه المسئولية الخاصة على كل العيوب التى تشوب البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر،ولو لم يترتب عليها حدوث التهدم الفعلى به ،متى كان يترتب عليها- طبقا للرأى الغالب ،والذى نتفق معه تماما - تعريض متانة العقار المشيد وسلامته للخطر،وذلك على التفصيل الذى أبدينا .

إلا أن جانبا من الفقه التقليدى والقضاء الفرنسيين لم يقفا فى التوسع فى تفسيرهما لنص هذه المادة (٥) ،عند هذا المظهر المادى(٦)، من مظاهر خطورة العيوب التى يمكن أن تشوب البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر، بل تعديا ذلك إلى مظهر آخر من مظاهر هذه الخطورة ،لايقل عن سابقه إن لم يدانيه ،مقتضاه أن العيوب التى تلحق العقار المشيد عامة ،وإن لم تعرض للخطر- بشكل مادى على النحو الذى رأينا- متانته وسلامته ،إلا أنها قد تخرج به - ولو بشكل معنوى - عن دائرة تحقيق الغرض الذى شيد من أجل الوفاء به (٧).

بهذه الأساسات إلى الطبقة الصلبة الصالحة لذلك،وأن التسليم لا ينبغى ضمان المقاول لهذا العيب ،فإنه لايكون قد خالف القانون"- وهذا بلا أدنى شك عيب يهدد متانة البناء وسلامته .

٥- وهو توسع يحتمله النص ،فى نظرنا ،لعموم مدلوله ،كما سبق أن أوضحنا فى أكثر من موضع .

٦- وهو التعريض للخطر متانة البناء أوالمنشأ الثابت الآخر ،وسلامته .

٧- ونحيل فى التمثيل لذلك - بالإضافة إلى ما سيأتى - إلى الأمثلة العديدة التى ذكرناها عند دراستنا لمظاهر العيوب المختلفة التى تلحق البناء. راجع،فيما سبق،من ص ٧٤٦ : ص ٧٩٨ وانظر فيما يأتى من ص ٨٢١ : ص ٨٢٥ .

وهذا الجانب من الفقه والقضاء - فى مناداته وتطبيقه بهذا التوسع فى تفسير هذه المادة - لتحدوه فى ذلك رغبة أكيدة، ومحمودة فى تحقيق مقصد المشرع الفرنسى فى منح حماية قانونية فعالة لرب العمل، نقول: هذا الجانب قدر أن العيب الذى يبلغ من الخطورة حدا، بحيث يجعل البناء المشيد غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجل تحقيقه، لا يقل فى اهميته وإن قل فى خطورته - فى نظر المشرع، عن العيب الذى يعرض للخطر متانته وسلامته، وتأسيسا على ذلك، يجب أن يخضع مثل هذا العيب، لأحكام الضمان العشرى، شأنه شأن ذلك العيب، وبذلك تكون قد تحققت فعلا الحماية التى سعى المشرع إلى إسباغها على رب العمل، الذى قدر أنه غالبا ما يكون جاهلا بفن البناء جهلا يعجزه عن أن يكون ندا لأهله من ذوى الخبرة والتخصص فيه، فتتحقق بذلك قواعد العدالة [٨]، التى تأبى "أن يوجد فى المجتمع مضرور بلا تعويض يجبر ضرروره، ولا مسئول بلا محاسبة تردعه وتنذر غيره" [٩].

والحقيقة أن هذا التوسع فى تفسير المادة ١٧٩٢ من القانون المدنى الفرنسى، لم يكن جديدا ولا حديث عهد، فلقد بدأ قضائيا - على أثر مناداة الفقه الدائبة بذلك - [١٠] مع بداية الثلث الأخير من القرن الماضى، بحكم لمحكمة استئناف بو Pau صادر فى ٢٧ من نوفمبر سنة ١٨٦٧، [١١] قضت فيه بأن المسئولية العشرية لايقتصر تطبيقها فقط على حالة التهدم الكلى أو الجزئى للعقار المشيد، وإنما يجب أن يمتد هذا التطبيق، إلى كل الأخطاء الخطيرة، التى ترتكب فى البناء. [١٢]

٨- راجع فى هذا المعنى: Fremy-Ligneville et Perriquet: Op.cit N.85 P.97, Guillouard Op.cit.N.846 P.359, Sourdat: Op.cit, N671P.772, De Page:Op. Cit.N.3948P.923,Colinet Canitant op.cit.

٩- عبد الودود يحيى: مقاله: سابق الإشارة، مصر المعاصرة، إبريل ١٩٧٩ ص ٠٦

١٠- انظر سوان: السابق ح٢ بند ١٤ ص ٤٨٨ وما بعدها.

١١- سيرى ١٨٦٨- ٢ ص ١٠، دالوز الاسبوعى: ١٨٦٨ ص ٠٩٣

١٢- راجع فى ذلك: ALBOU(Francoise)"Le défaut d'origine phonique du Bâtiment d'habilation et la responsabilité des constructeurs" thèse Paris II 1981 P.207 "... non seulement au cas de ruine totale ou partielle de L'édifice, mais à toute les faute graves commises dans la construction".

ثم تلا هذا الحكم حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية في ٩ فبراير ١٩٨٤[١٣]، بمناسبة سد فسد بسبب عيب فيه - سواء نتج هذا العيب عن استعمال مواد معيبة، أو عن عيوب في الأساسات نفسها - حتى صار غير صالح لتأدية الغرض منه. وإن كانت محكمة النقض قد استعملت هذا المعيار بطريقة ضمنية[١٤].

إلا أن محكمة استئناف روان Rouen قد أخذت في حكمها الصادر في ٥ من يوليو ١٨٨٣[١٥] بهذا المظهر من مظاهر خطورة العيب صراحة، حيث قررت بأن المقاولين يستمرون مسئولين خلال عشر سنوات عن عيوب البناء الذي أقاموه، حتى ولو لم تعرض هذه العيوب للخطر متانة البناء وسلامته، ما دامت قد جعلت الشيء غير صالح للاستعمال الذي خصص له[١٦].

ومما لاشك فيه أن الخطأ الذي يترتب عليه حدوث عيب بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر، يجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذي أنشيء من أجله هو من الأخطاء الخطيرة التي يجب أن تمتد إليها أحكام هذه المسئولية الخاصة، وذلك أن الشيء الذي لايحقق ما أنشيء من أجله من هدف هو والعدم سواء. انظر في هذا المعنى ألبو(ف) رسالتها السابقه ص ٢٠٨ . وانظر أيضا س ليون في ١٨من يوليو١٩٤١جازيت دي باليه ١٩٤١ ص ٧ موجز:
"... attendu que la responsalitité de l"architecte et de L'entrepreneur n'est paslimitée au cas specialement prévu par L'article 1972, C'est-à-dire à la destruction totale ou partielle de l'édifice qu'elle s' étend à toutes les défectuosités graves depassant la mesure des imperfections auxquelles on doit s'attendre dans une construction"

وانظر في نفس المعنى، تولوز الجزئية في ١٠من مارس ١٩١٣ مجلة التشريع La Loi في ٢٩من إبريل ١٩١٣، مذكور في سوان: السابق ح٢ ص ٤٨٨ آخر هامش ٩. وانظر بالإضافة إلى هذا القضاء المشار إليه في هامش٨٠٦ ص ٨٠٩ فيما سبق . وعلى ذلك يمكننا القول، بأن التوسع القضائي في تفسير المادة ١٧٩٢ والمادة ٢٢٧٠من القانون المدني الفرنسي على الوجه الذي رأيناه فيما سبق، يتضمن في طياته الأخذ بهذا المظهر من مظاهر الخطورة في العيب وذلك من باب أولى، إذ أن إخضاع القضاء لمثل هذه العيوب البسيطة لأحكام هذه المسئولية الخاصة، يقتضي عقلا، القول بإخضاعه لذات الأحكام، ومن باب أولى. العيوب التي تعقد بالبناء عن تحقيق الهدف الذي أنشيء من أجله .

١٣- دالوز الدوري ١٨٧٧ - ١ ص ٢٨٨ .

١٤- انظر سوان: السابق ، بند ١٤ ص ٤٨٨ .

١٥- مذكور في هامونيل : السابق ببند ٢٩١ ص ٨٠ .

١٦- "... les entrepreneurs sont responsables pendant dix ans

وتطبيقا لهذا المبدأ الذى وضعته ،قضت فى حكمها المشار إليه ،بأن عيوب البناء التى تلحق الدور الأرضى ،أو تلحق خزان مياه الصرف الصحى، بالبناء،فتجعله دائما رطبا رطوبة تامة وغير صحى بالمرة،مما يجعله غير صالح لاستعماله. هذه العيوب التى تؤدى إلى ذلك ،لابد وأن يسأل عنها المقاولون طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة (١٧).

وهكذا استمر اعتداد القضاء الفرنسى بهذا المظهر لخطورة العيب، واضطرت أحكامه على الأخذ به ،وتواترت فى ذلك بكثرة ملحوظة ، لاسيما منذ حكم الدائرة الأولى من الدوائر المدنية لمحكمة النقض الصادر فى ٥ من يناير ١٩٦٠(١٨) ،الذى استعمل ذات العبارات التى كانت قد استعملتها محكمة استئناف روان ROUEN فى حكمها الصادر فى ٥ من يوليو ١٨٨٣ سالف الذكر(١٩) ،والتى اضطرد مجلس الدولة الفرنسى أيضا على استعمالها فى العديد من أحكامه ،منذ تبنيه لهذا المعيار، لاسيما منذ حكمه الشهير الصادر فى ٢٦ من يناير ١٩٤٠ ،كما سيأتى بيانه بعد قليل(٢٠).

---

des vices de la construction par eux édifiée, alors même que ces vices n'en compromettent pas la solidite, du moment qu'ils rendent la chose impropre à l'usage auquel elle doit etre destinée".

نقلا عن هامونيك الهامش السابق.

١٧- انظر هامونيك السابق بندى ٢٧٦،٢٧٧ ص ٧٩:

N°276-"Les vices de construction d"un rez-de-chaussée Tellement humide et insalubre qu'il ne peut étre habite"

N°277-"Les vices de construction rendent des fosses d'aisance humides et impropres à'leur usage".

١٨- Bull.civ.1960,1.No 5 P.5, G.P.1960,1,189 "a propos fuites à une digue"et en meme sens cass.comm.,13 mai. 1958 Bull.civ.1958,3, N.188 P.154 (a propos des asceneurs) cass. cin.1re ch.1o Oct. 1961 D.61 P.756 (a propos d'un caveau "sépulture" non étanch; 9 Oct.1962, J.C.P. 1962, 11,12910 N.Esmein, G.P.1962,2, P.289,D.1963 P.1 N.Liet-Veaux;31déc.1963 D.64 P.220(atteinte du capricorne),10Juin 1966 Bull.civ.1966-1,N.19 P.16

١٩- "...Des que la malfaçon rend la construction impropre a L'usage auquel elle est destinee".

٢٠- LE GALCHER-Baron: art. "La garantie décemale des construc-teurs dans la jrisprudence recente du Conseil d'État et de

كما قضى بأن العيوب التى تلحق الأعمال الكبيرة ،وتؤدى إلىمضايقات واضطرابات خطيرة ،فى استعمال العقار،تخضع لقواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة (٢١).

كذلك قضى بأن الأدخنة الصادرة من قنوات تصريف (مداخن) أجهزة التسخين ،والتدفئة بالعقار،تعتبر من العيوب الكافية لإعمال أحكام وقواعد الضمان العشرى(٢٢).

وعلى العكس من ذلك،فقد قضى بأن المعماريين لايكونون مسئولين طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة ،عن العيوب التى ليس من شأنها أن تهدد متانة البناء وسلامته أو تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى أقيم من أجله (٢٣).

بل إن القضاء الفرنسى ظل متمسكا بهذا المعيار،كمظهر من مظاهر الخطورة فى العيب يبرر إخضاعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة ،حتى بعد أن اطرح ذلك التوسع البالغ ،فى تفسير نص المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدنى،

la Cour de cassation" C.J.E.G 1970 P.27 ets surtout P.33 col.1.

٢١- Cass.civ. 1er ch.20,6,1966,(Bull.civ.1966,1,No.375 P.289) Cass.civ.3e ch.29 nov.1968 (Bull.civ.1968,3,No.509 P. 390);28,2,1969 (Bull.civ.1969,3 No.180 P.137);19,6, 1969,Ibid No.500 P.377, D.1970 SOMM. P.19)

٢٢- Cass.civ.29 nov.1960(D.1961 somm.p.11, G.P.1961,1,p.268, A.J.P.I.1961 No.68 P.35.

٢٣- Cass.civ 1er ch.19,10,1964(G.P.1964,2,p.431; D.1965 P.161, J.C.P.1965, II, 14206C.A.Lyon 25,3,1963(G.P.1963,2,182)
بمناسبة عيب نقص العزل الصوتى،الذى لايشكل سوى مضايقات بسيطة ، لا ترقى إلى أن تجعل البناء غير صالح لأداء الغرض منه .

C.A.Aix 30,4,1963 (A.J.P.I.1964 No.22 P.126 N. Montmerle)
T.G.I.de la Seine 1 ,3, 1961(D.1962,P.16o).
بمناسبة الشقوق العادية فى الجدران ولو كثر عددها ، ما دامت لا تؤثر على متانة البناء وسلامته ، ولم تجعله غير صالح على تحقيق الغرض منه .

منذ عامه القضائى ١٩٦٩: ١٩٧٠ - كما سبق أن أشرنا، على أثر سهام النقد التى وجهت إليه من الفقه الفرنسى على النحو السالف بيانه (٢٤). ذلك التوسع الذى تمثل - كما سبق أن أبنا - فى الاعتداد فى تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة، حتى بالعيوب البسيطة، متى لحقت العمل الكبير " (٢٥).

ولعل الحكم الذى يعبر عن ذلك أبلغ تعبير هو حكم النقض الصادر من الدائرة الثالثة المدنية فى ٩ من ديسمبر ١٩٧٠ حيث قضى فيه "بأن مجرد الخطأ فى التصميم الموضوع من قبل المهندس المعمارى لايؤدى بذاته إلى تطبيق أحكام المسئولية العشرية، مادامت العيوب الناتجة عنه، لاتعرض للخطر متانة البناء وسلامته، ولم تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله" (٢٦).

ولقد قضى بتطبيق أحكام المسئولية العشرية على العيوب المتمثلة فى حدوث شقوق متعددة بجدران البناء، ترتب عليها عدم إحكام سد هذه الجدران، باعتبار أن هذه الشقوق بما أدت اليه، قد جعلت البناء غير صالح لتحقيق الغرض الذى أقيم من أجله. (٢٧)

٢٤- راجع، فيما سبق، ص٨١١ والمراجع المشار إليها فى هامش ٥٨ بها .
٢٥- راجع، فيما سبق، ص ٨١٠ والقضاء المشار إليه فى هامش ٥٦ بها .
٢٦- (Bull. civ. 1970, 3N°682 p.495, J.C.P.1971, IV p.65, D.1971 somm. p.65)"..qu'un erreur de conception de l'architecte n'entrainait pas la responsabilité décennale dès lors que le désordre qui s'ensuivait ne compromettait pas la solidité de l'emmeuble ou ne le rendait pas impropre à sa destination"
Voir B.Boubli; art."Le point de la jurisprudence sur la responsabilité des architectes et des entrepreneur J.C.P.1975,1,2721N°10°; F Albou :op. cit. p. 210.

وانظر فى نفس المعنى من القضاء الفرنسى: Cass. Civ. 3°Ch. 4,1,1971 (Bull.Civ.1971, 3N°360 p.256): 4,6,1973 (Ibid, 1973N°387, P.280, D.1973 I.R.P.199) 18,6,1974 (Ibid. 1974 N°253 P.190), 22 ,4,1980 (Ibid,1980 N°78, p.57).

٢٧- مذكور فى ليت- فو: السابق ص ٣٥٩. Cass. civ. 25,2,1981 Bull. N°915.

في حين رفضت محكمة استئناف Douai (٢٨)- وأيدتها في ذلك محكمة النقض (٢٩)- تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة أيضا على تشققات عادية ،بجدران منزل ،مهما بلغ عددها. مستندة في ذلك إلى أن هذه التشققات لم تعرض للخطر متانة البناء وسلامته ،ولم ترده غير صالح لتحقيق الغرض الذى شيد من أجل الوفاء به ،واكتفت بإدانة المهندس المعمارى ،على أساس القواعد العامة في المسئولية العقدية (٣٠).

بل لقد قضى بأن المعماريين يستمرون مسئولين لمدة عشر سنوات عن كل العيوب المتعلقة بالأعمال الكبيرة ،حتى ولو لم تعرض للخطر متانة البناء وسلامته ،ما دامت تجعله غير صالح لغرضه (٣١).

على أن التطبيقات العديدة لهذا المعيار، أو المظهر من مظاهر الخطورة، إنما توجد في مجال العزل الحرارى والعزل الصوتى(٣٢)، ذلك أن نقصان هذا العزل حراريا كان أم صوتيا، إذا بلغ درجة معينة من الجسامة فإنه بالضروزة ،يخرج بالبناء عن دائرة تحقيق الهدف الذى أقيم من أجله .

وعلى ذلك قضى بأن نقص العزل الحرارى يشكل عيبا من العيوب التى تجعل البناء غير صالح لتحقيق الغرض منه (٣٣). كذلك، فإن الافراط فى تسخين "surchauffe" بعض الأماكن بالعقار يعتبر عيبا جسيما،

٢٨- فى ١٦ من مارس ١٩٧٧ (غير منشور) نقلا عن كاستون: السابق: بند ٤٤٩ ص ٢١١ .

٢٩- بحكمها الصادر في ١٠ من يوليو ١٩٧٨: J.C.P.1979,11, 19130 N. GLiet-Veaux,Bull Civ.1978-3 P. 219,Rev. droit et ville 1979 N°8p.279 N.J.C. Groslière, Rev. Administrer,Janv. 1979 P. 421 N. Costa, Rev. T.D.I. 1979 p. 72 N. Malinvaud, G.P. 1979,1,p.122N. Plancqueel,A.J.P.I. 1980, p. 152.

٣٠- وانظر فى نفس المعنى: -Cass. Civ. 3°ch. 22,4,1975 (Bull.Civ.1975,3,p.66);7,12.1977 G.P.1978,1,p.78 Somm

٣١- -Cass. Civ. 3°ch.4,6,1973 (Bull. Civ.1973,3 N 387 p.280;D.1973, I.R. p. 199).

٣٢- انظر فى نقص العزل الصوتى للعمارات السكنية ومسئولية المعماريين عنه: ف. البو ALBOU(F.): رسالتها مشار إليها فى هامش ٥٨ ص ٨١١ فيما سبق .

٣٣- -Cass. Civ. 3°ch.20,3,19,73 (D.1973 I.R.P.108 A.J.P.I. 1973 N°152 P.1175 N. BRUN R.),21,12 1978. (G.P. 7 juil, 1978 somm.)

يرد العقار غير صالح للوفاء بالاستعمال المعد له (٣٤).

كذلك ،فصل في العديد من دعاوى العزل الصوتي على أن نقص العزل الصوتي بالبناء يعتبر عيبا ،يخضع لأحكام الضمان العشري، إذا ماترتب عليه أن أصبح البناء غير صالح لأداء الغرض الذي شيد من أجل الوفاء به (٣٥).

أما إذا كان هذا النقص في العزل الحراري أو الصوتي لم يؤد إلا إلى مضايقات بسيطة في استعمال البناء ،دون أن تؤدي إلى تهديد متانة البناء وسلامته ،أو ترده غير صالح للغرض منه ، فإنه يخرج عن نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ،ليخضع لأحكام القواعد العامة في المسئولية العقدية (٣٦).

ولا شك أن تقدير عدم صلاحية العمل للغرض الذي أنشئ له ،هو مسألة واقع ،مما يختص قاضي الموضوع بتقديرها وفقا لظروف كل قضية وملابساتها ،وذلك بمقتضى سلطته المطلقة على الواقع ،مما لا رقابة عليه فيها لمحكمة النقض(٣٧). إلا فيما يتعلق بالتسبيب ،من حيث نقصه أو تناقضه ،وأن العيب المدعى به مما يشوب عملا كبيرا (٣٨).

٣٤- -Cass. Civ. 3°Ch.14,6,1978 (J.C.P. 1978,IV p. 254)

٣٥- -Cass. Civ. 3°ch.21,1,1975 (D.1975 IR.P.81);5,5,1975 G.P.12 nov. 1975,2,p.738 N.Plancqueel;D.1977,P.35 N. Agostini;Droit et ville 1977 n°3p.362 N.J.C. Groslère? 18,6, 1975 (D.1977 précité, Droit et ville 1977 précité ;3,2,1976 (G.P.21 juil 1976,1) Droit et ville 1977 N°3p.363 N.J.C. Grosliere);19,1,1977 (Quot. jur. 14 juin 1977, Bull. civ.1977,3,N°29 P.24,G.P.1977,2,p.359 N. Piesse) Droit et ville 1978 N°6 P.326 N.J.C. Grosliere) C.A.Besancon:8,3,1974(D.1974 p.383 N.J.Mazeaud,G.P.1974 2p. 697,2p.697 N.M. Piese.

٣٦- -Cass-Civ.3°ch.5,5,1975(Bull civ.1975,3N°149 p.113 précité C.A. Pau 4,2,1974 (G.P.1974,2,p.699

٣٧- فوسيرو: المقال السابق،ص ٢١ عمود ١، كاستون: السابق،بند ٤٥٢ ص ٢١٢، ليت- فو: السابق،ص ٣٥٩، نقض مدني فرنسي(الدائرة ٣) في ١٩٧٠/١٢/٩ سابق ،في ١٩٧١/٣/٢٤ مذكور في كاستون الموضع المذكور.

٣٨- نقض مدني فرنسي(الدائرة ٣) في ١٩٧٥/٥/٥ بيلتان ١٩٧٥-٣ رقم ١٤٩ ص ١١٣، G.P. ١٩٧٥ ص ٧٣٨ تعليق بلانكييل، ١٩٧٥/٦/١٨ بيلتان ١٩٧٥-٣ رقم ٢٠٦ ص ١٥٨، ١٩٧٦/٢/٣ بيلتان ١٩٧٦ رقم ٤٠ ص ٣١، G.P. ١٩٧٦ ص ٤٨٨ تعليق بييس ١٩٧٦/١١/٢٧ بيلتان ١٩٧٦-٣ رقم ٤١٥ ص ٣١٦.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية ، فى حكمها الصادر فى ١٩ من يناير ١٩٧٧ سالف الذكر[٣٩] بنقض حكم لمحكمة استئناف ليون Lyon صادر فى ١٩٧٥/٤/١٦، حيث اقتصرت هذه الأخيرة فى تسبيب حكمها بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، على أن العيب إنما يمس عملا كبيرا، دون أن تتعرض لبيان ما إذا كان من شأن هذا العيب أن يعرض للخطر متانة هذا العمل الكبير وسلامته أو أن يجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشئ من أجله ، من عدمه[٤٠].

لكن هل تتبع محكمة الموضوع فى تقديرها لمدى صلاحية العمل لتحقيق الغرض الذى أنشئ من أجله ، معيارا شخصيا أم معيارا موضوعيا .

هذا ما لم تفصح عنه صراحة أحكام القضاء الفرنسى الصادرة فى هذا الخصوص[٤١]. وإن كانت إشارات بعض أحكامه توحى إلى أنه يعتد فى ذلك بمعيار موضوعى[٤٢]. وهو ما يبدو أن بعض الفقه يرتضيه هناك[٤٣].

فلقد أشار كاستون فى الفقرة الأخيرة من البند ٤٥٢ ص ٢١٢، إلى أن بعض المحاكم استبعدت تطبيق أحكام المسئولية العشرية على العيوب الناتجة عن تشققات عديدة حدثت بالبناء. استنادا إلى أن العدد المطالب بهذا التطبيق لايعدو أن يكون عددا يسيرا ، بالنسبة لشاغلى العقار مما يوحى - كما يقول كاستون - إلى أنها - أى المحاكم - تفضل

٣٩- راجع هامش ٣٥ أعلاه، وانظر فى نفس المعنى حكم ذات الدائرة فى ٥ من مارس ١٩٧١ بيلتان ١٩٧١-٣ رقم ١٧٠ ص ١٢٤، وفى ٧ من يونيو ١٩٧٨ دالوز ١٩٧٨ ص ٢٤٤ وأورده أيضا BRUN فى مؤلفه "القضاء العملى (التطبيقى) فى الأعمال العقارية ط ١ ١٩٧٩ رقم ٢٤٦ ص ٤١٥ ، وما بعدها .

٤٠- انظر كاستون: السابق بند ٤٥٢ ص ٢١٢، ف. ألبو F. ALBOU السابق ص ٢٠٩.

٤١- انظر ياقوت: السابق بند ٥٢ ص ١٣٠ .

٤٢- شكرى سرور: السابق بند ٢٠٣ ص ٢٢٩، وانظر عكس ذلك: ياقوت: الهامش السابق. حيث يرى أن المعيار لابد وأن يكون شخصيا ، استنادا إلى تباين الأغراض واختلافها من عقار إلى آخر .

٤٣- كاستون: السابق ، بند ٤٥٢ ص ٢١٢، ف ألبو F. ALBOU: رسالتها السابقة ص ٢١٢ .

تصورا (أو معيارا) موضوعيا لفكرة النيل من الغرض الذى يعوّل عليه العدد الأكبر من شاغلى العقار[٤٤].

كذلك فإن فرانسواز ألبو F. ALBOU تقرر فى رسالتها[٤٥]، "أن المسئولية العشرية للمعماريين، يجب أن ينحصر تطبيقها - فى الواقع - عن العيوب، التى يمكن أن ينتظرها الشخص عادة فى البناء". كما تقرر كذلك بأن "نقص العزل الصوتى فى عمارة سكنية، يجب أن يكون متسامحا فيه، عندما لايعيق شاغلى الشقق عن الحياة العادية بها.

هذا عن القضاء العادى. أما عن القضاء الإدارى فى فرنسا فليس أقل تمسكا من القضاء العادى - إن لم يكن أكثر - بهذا المظهر من مظاهر الخطورة فى العيب، وهو جعل العمل غير صالح لما خصص له من هدف[٤٦]. بل ويرى فيه تمشيا أكثر مع طبيعة الأشغال العامة، وتجاوبا أكثر مع مقتضياتها، لتوخيها دائما مقاصد عامة[٤٧]، ونكتفى تدليلا

٤٤- كاستون: الهامش السابق -"Certains tribunaux ont mise en avant, avec réalisme, pour écarter le vice du domaine de la responsabilité décennale, le petit nombre des demandeurs dans un immeuble en copropriété comportant plusieurs certaines d'appartements; ils ont estimé ainsi devoir faire prévaloire une conception objective de l'atteinte de la destination telle que la ressentait le plus grand nombre des occupants de l'ensemble immobilier édifié"

٤٥- سالفة الذكر ص ٢١٢: "La limite de la responsabilité encourue par les constructeurs se trouve en effet dans les défauts que l'on peut attendre normalement d'une construction". Et en même sens C.A. Aix 30,4,1963 (A.J.P.I. 1964 N°22 p.126 N. Montemerle, T.G.I. de la Seine 1ère mars 1961 (D.1962, p. 160).

كما تقرر أيضا: "Le défaut d'origine phonique d'un bâtiment d'habitation semble devoir être toleré dès lors qu'il n'empêche pas les occupants d'appartements de vivre normalement"

٤٦- جابولد: المقالة السابقة، بند ١٤، مازو: المطول ح٣ بند ١٠٧٠-١٢ ص ٩٧، جالشيه: مقاله: "الضمان العشرى للمعماريين فى القضاء الحديث لمجلس الدولة ومحكمة النقض" C.J.E.G. ١٩٧٠ ص ٣٣ عمود ١، لابان: رسالته السابقة ص ١٤٠: ١٤٢، ليت - فو: السابق ص٥٩ ٤ ومابعدها.

٤٧- كانتيلوب: السابق، ص٤٨ ومابعدها، سوان: السابق، ح٢ بند ١٧ ص٤٩٥ ومابعدها.

على ذلك بالنقول الفقهية الآتية فى هذا الخصوص :

"Mais la ruine ou le péril de l'immeuble sont supplantés par l'impropriété à la destination" (٤٨)

"... et, d'autre part, à cause de l'évolution de la jurisprudence de la cour de cassation. Celle-ci a en effet adopté certains arrêts, le critère de la conformité de l'ouvrage à sa destition. Il est encore trop tot pour savoir si ces decisions traduisent vriament une orienttation nouvelle de la jurisprudence civile.

On ne peut émettre les même doutes à l'égard de la jurisprudence administrative. Le critère de la correspondance de l'ouvrage à son affectation .... est une acquisition définitive en matière de travaux publics" (٤٩)

"... Il ne semble pas que les juridictions administratives aient été aussi loin. Pour elles, le désordre doit entrainer la ruine même partielle de l'ouvrage ou le rendre impropre à sa destination mais elle mettent l'accent sur cette dernière condition" (٥٠) .

بل إن الأستاذ ليت - فو، يقرر "بأن هذه الفكرة استوحاها القضاء المدنى من أحكام عقد البيع ، ومن قضاء مجلس الدولة(٥١). كذلك فإن الاستاذ جالشيه ، يقرر أيضا "بأن بعض أحكام محكمة النقض ، قد

٤٨- ليت - فو: السابق ، ص ٣٥٩ وما بعدها .

٤٩- كانتيلوب: السابق: ص ٥٥ ، ولا شك أن الاتجاه الذى كانت كانتيلوب تتشكك فى وجوده فى القضاء المدنى ، قد وضح الآن - وبعد مرور قرابة عشرين عاما على قولها هذا - وبانت معالمه واستقر عليه الفقه والقضاء المدنيين ، على النحو الذى أبنا حالا.

٥٠- الاساتذة مازو: المطول ج٢ بند ١٠٧٠-١٢ ص ٠٩٧

٥١- ليت - فو : السابق ص ٣٥٩ .

تبنت وضعا مماثلا، لذلك الذى اتخذه مجلس الدولة" ومثل لذلك بأحكام أوردها. "وأن محكمة النقض قد أخذت فى بعض أحكامها (٥٢)، بذات الصياغه التى أخذ بها مجلس الدولة قبل ذلك" (٥٣)

ونحن من جانبنا، وإن كنا نقر الأستاذ ليبت - فو، فيما قال به من أن هذه الفكرة مستوحاة من أحكام عقد البيع. فيما يتعلق بالعيب الجوهرى فى الشىء المبيع (٥٤).

إلا أننا لا نقر الفقيهين الكبيرين، فيما ذهبا إليه من القول بأسبقية قضاء مجلس الدولة، فى الأخذ بهذا المظهر من مظاهر خطورة العيب، عن القضاء المدنى(٥٥) وبأن القضاء المدنى قد تبنى نفس الحل الذى كان قد أقره مجلس الدولة قبل ذلك، بل إن حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٥ من يناير ١٩٦٠ (سالف الذكر) قد أخذ بذات الصياغة التى استعملها مجلس الدولة (٥٦).

ذلك أننا قد رأينا حالا أن القضاء العادى، قد أخذ بهذا المظهر من مظاهر الخطورة فى العيب، منذ بداية الثلث الأخير من القرن الماضى.(٥٧) فى حين أن مجلس الدولة الفرنسى لم يأخذ به إلا فى حكمه الصادر فى ٢٤ من يوليو ١٩٣٤(٥٨) الذى تخلص وقائعه فى أن مقاولا تعهد بهدم مخابىء خرسانية، ورفع أنقاضها، وتهيئة الأرض لكى تكون صالحة للزراعة بعد ذلك، إلا أن المقاول لم يؤد عمله على الوجه المطلوب، فلم ينزل بالهدم إلى المستوى اللازم، بل ترك تحت الأرض

٥٢- نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ٥ من يناير سنة ١٩٦٠، سابق.
٥٣- جالشيه بارون: المقال السابق، ص ٣٣ عمود ١.
٥٤- راجع فى هذا الخصوص: أنور سلطان وجلال العدوى: العقود المسماة - عقد البيع. ط ١٩٦٦ بند ٤٢٨ ص ٣٣٧، وخميس خضر: عقد البيع. ط ٣ ١٩٧٤ بند ١٣٦ ص ٢٢٨، عبد الودود يحيى: "دروس فى العقود المسماة، البيع والتأمين، ١٩٧٨ ص ١٤٤ وما بعدها.
٥٥- ليبت - فو: هامش ٥١ أعلاه، جالشيه: هامش ٥٣ أعلاه، وانظر فى تأييد ما انتهينا إليه من أسبقية القضاء المدنى فى هذا الخصوص د. شارفيه: رسالته السابقه ص ٣٣٢.
٥٦- جالشيه بارون: المقال السابق، ص ٣٣ عمود ١.
٥٧- راجع، فيما سبق، حكم استئناف Pau فى ٢٧ من نوفمبر ١٨٦٧، ص ٨٢١ وهامش ١٢ بها وما بعدها.
٥٨- فى قضية " LAZARINNI " مجموعة ليبون ص ٨٨٥.

قرابة ١٦٠٠ متر مكعب خرسانة ، مما جعل الأرض غير صالحة للزراعة . فعلى الرغم من أنه ليس فى هذا تهديدا لمتانة أو خطرا على سلامته ، إلا أن مجلس الدولة قد قرر: "أن العمل المنفذ هكذا ، والذى تضمن قصورا خطيرا كهذا ، لم يف بالغرض المنصوص عليه بالصفقة ، ويكون إذن كافيا لأن يؤدى إلى قيام المسئولية العشرية للمقاول" (٥٩)

ثم تلا هذا الحكم بحكمه الشهير، فى ٢٦ من يناير ١٩٤٠ (٦٠) ، الذى بمقتضاه مد هذا المعيار إلى كل أنواع الأعمال العامة ، وتخلص وقائعه ، فى أن مجلسا محليا كلف مهندسا معماريا متخصصا ، ببناء محرك هوائى بغرض رفع المياه إلى المساكن التابعة لهذا المجلس.المقاول نفذ العمل بطريقة نموذجية ، بحيث لايمكن توجيه أى لوم إليه فى أى جانب من جوانب التنفيذ، ولكن المكان الذى كان قد اختاره المهندس المعمارى لتشييد المحرك فيه ، كان غير مناسب ، لوقوعه بعيدا عن اتجاه الرياح، مما جعل المحرك غير صالح للعمل ، فعلى الرغم من أن التشييد تم متينا وسليما تماما ، إلا أن العمل المشيد لم يف بالغرض الذى أنشىء من أجله ، والمتمثل فى توصيل المياه إلى المساكن التابعة للمجلس (رب العمل) ، لذلك قرر مجلس الدولة إخضاع المهندس المعمارى لأحكام المسئولية العشرية (٦١) .

واعتبارا من هذا الحكم ، تواترت أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا (٦٢) ، مؤيدة من الفقه هناك (٦٣) ، على أن العيوب التى تخرج

٥٩- كانتيلوب: السابق ، ص ٤٩، سوان: السابق ج٢ بند ١٧ ص ٤٩٦ .
٦٠- فى قضية " MORRON " مجموعة ليبون ص ٢١ .
٦١- كانتيلوب: هامش ٥٩ أعلاه، سوان: هامش ٥٩ أعلاه .
٦٢- من ذلك على سبيل المثال C.E.1er dec.1947(A.J. Ed.T.1948, 11,p.54),C.E. 29 mars.1950 (Rec. bel. p. 202) 21 juil. 1950 (A.J.Ed.T.1950,II P.375)19 oct. 1951 Rec. P. 491, 10 juil 1954,Rec.P.464;18 janv. 1966 J.C.P. 1966 II, 14594 N.Liet. Veaux;13 juil 1968 Rec. p.462;19,5,1972, Quot jur. 6 juil 1972; 23janv. 1981 Dr. adm. 1981 n° 51;6 fév. 1981 Req. n° 12724 مذكور فى ليتيفو T.A.Versailles 13 nov. 1959 (A.J.D.A. 1959,II,N.282,p.335N. Reinach)

٦٣- انظر، فيما سبق، الفقه المشار إليه فى هامش ٤٦ ص ٨٢٩ .

العمل عن دائرة تحقيق الهدف الذى أقيم من أجله تخضع لأحكام هذه المسئولية الخاصة .

وعلى الرغم من التوافق التام لهذا المظهر من مظاهر الخطورة فى العيب ، لاطبيعة الخاصة للأشغال العامة ، وفعاليته العملية بالنسبة لها فان مجلس الدولة الفرنسى لايطبقه إلا بطريقة حذرة ، بل وحتى فى ظل محددات معينة (٦٤) منها :

١- إن تبنى هذا المظهر لايؤدى بالضرورة إلى إبعاد أو ترك المظهر التقليدى للخطورة وهو تعريض متانة البناء وسلامته للخطر، بل إن مجلس الدولة الفرنسى، تارة ما يستند إلى المظهر التقليدى(٦٥) ، وتارة أخرى إلى المظهر الحديث(٦٦) ، وذلك تبعا لطبيعة العمل الذى شابه العيب . وتبعا لظروف كل حالة ، بمعنى أن هذا محدد واقعى تبعا لوقائع كل حالة وظروفها .

٢- أما المحدد الثانى، فهو محدد قانونى . مقتضاه أن مجلس الدولة الفرنسى يقرر أن المسئولية العشرية لاتقوم عندما تكون العيوب التى جعلت العمل غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله ، مما يمكن إصلاحها بأعمال مناسبة ، وبسيطة التكاليف نسبيا (٦٧) .

٣- كذلك لكى تقوم المسئولية العشرية ، فيرى مجلس الدولة وجوب أن يكون عدم الصلاحية متعلقا بالعمل فى مجموعه ، وليس منصبا على جزء منه فقط(٦٨) .

٤- كما أن مجلس الدولة الفرنسى لايتطلب أن يكون تطابق العمل مع ما خصص له ، تطابقا تاما ، وإنما يكفى أن يكون بمكنه رب العمل أن يستعمل العقار الاستعمال المعتاد ، وليس من الضرورى أن يحصل على الحد الأقصى من الاستعمال المطلوب(٦٩) .

٦٤- راجع فى بيان هذه المحددات والتمثيل لها : كانتيلوب: السابق ص ٥١ : ٥٤، سوان: السابق ج٢ بندى ١٨، ١٩ ص ٥٠١ :٥٠٥ .

٦٥- C.E.1er juil. 1999 Rec. P.320;7 juin1950 Rec.p.349

٦٦- C.E.6 janv. 1961 Rec. P. 10

٦٧- C.E.23mars 1950 Rec.202 C.E. 25mai, 1962 Rec. 355

٦٨- C.E.6 janv.1961 précité C.E. 13juil.1963 AJDA1963 II,740

٦٩- C.E. 31 oct. 1947 A.J.Ed. T.1947,II,p. 490.

٣- تقديرنا لهذا المظهر من مظاهر الخطورة فى العيب :

رأينا فى دراستنا لهذا المظهر من مظاهر الخطورة فى العيب(٧٠)، كيف أن القانون المصرى فى ظل صياغته الراهنة لايسمح بالقول بالأخذ بهذا المظهر من مظاهر الخطورة فى العيب ، لاخضاعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، وذلك لشدة حبك صياغته فى هذا الصدد، واستعماله لأساليب خاصة الدلالة محددة المضمون .

كذلك رأينا ، كيف أن القضاء الفرنسى - سواء الخاص منه أو العام مؤيدا من الفقه ، قد استند إلى عموم مفهوم المادة ١٧٩٢ مدنى ، وطبق فى قضائه فكرة عدم صلاحية العقار المشيد لتحقيق الغرض المنشود من إنشائه ، ورأى ان العيب الذى تترتب عليه عدم الصلاحية هذه ، ليس بأقل أهمية - وإن قل خطورة - من ذلك الذى يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته ، وتأسيسا على ذلك ، أخضع الأول - كما سبق أن أخضع الثانى - لأحكام هذه المسئولية الخاصة .

وفى تقديرنا فإن هذا الذى ذهب اليه القضاء الفرنسى ، مؤيدا من الفقه هناك، يتفق وقصد المشرع، ويحقق حماية فعالة حقه لرب العمل ، ذلك أن لكل موجود فى الوجود غرض - ساع إليه أو متوسل به إليه - هو علة هذا الوجود ، وإن العيب الذى يجعل هذا الموجود غير صالح لتحقيق هذا الغرض ، لاشك أنه يكون قد ذهب بالعلة من هذا الموجود، بمعنى أنه قد جعل الموجود والعدم سواء .

وعلى ذلك ، فإن العيب الذى يخرج العقار المشيد عن دائرة تحقيق غرضه، لايقل - فعلا - أهمية -وإن قل خطورة - عن ذلك الذى يهدد متانته وسلامته. فما معنى أن تشيد مدرسة ، لاتصلح مطلقا للوفاء بالعملية التعليمية ، التى هى سبب إنشائها ، والغرض المرجو من تشييدها، وهل يصح أن تقام مستشفى لاتصلح للعملية العلاجية بجميع جوانبها ، أو دارا غير صالحة بالمرة للسكنى لاى سبب من الأسباب التى تعدم هذه الصلاحية ، وهكذا (٧١).

٧٠- وهو المظهر المتمثل فى كون العيب الذى شاب البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، يجب أن يكون على درجة من الخطورة بحيث يجعل هذا أو ذاك غير صالح لتأدية الغرض الذى أنشىء من أجله.

٧١- راجع فيما سبق العديد من الأمثلة التى سقناها تدليلا على ذلك من ص٨٢٢ : ص ٨٣٢ .

وإذا كان قضاؤنا المصرى ، لم يجد فى نص المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى مايعينه على أن يخطو هذه الخطوة ، فإن بإمكان المشرع المصرى أن يخطوها - وهى ولاشك مجاله الأصيل - فيضيف إلى هذه المادة مايسمح للقضاء بمثل هذا التطبيق ، دون أن يخشى شططا فى الأمر أو تجاوزا فيه ، إذ من الممكن أن يوضع من الضوابط والمعايير كما فعل مجلس الدولة الفرنسى - ما يحول دون هذا وذاك .

البند الثانى : خفاء [1] العيب [2] :

بعد أن انتهينا من دراستنا لشرط الخطورة فى العيب بمظهريه، كما رأينا، يثور التساؤل عن مدى كفاية هذا الشرط إذا توافر - ولو فى أحد مظهريه اللذين سبق بيانهما - للقول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة، أم لابد من توافر شرط آخر، مقتضاه أن يكون العيب المدعى به خفيا، بحيث لايستطيع رب العمل اكتشافه عند التسلم، وبعبارة أخرى، هل الخفاء شرط لازم فى العيب، حتى يدخل ضمن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة، أم أنه ليس من باب اللزوم فيه، وبالتالى، يخضع العيب لتلك الأحكام أيا كان وصفه من الظهور أو الخفاء .

١- فى القانون المصرى :

على الرغم من عدم اشتراط المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى خفاء العيب عن رب العمل عند التسلم، كشرط ثان - إلى جانب شرط الخطورة فيه (م ٢/٦٥١) على الوجه الذى رأينا - للقول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء - محل دراستنا - إلا أن الفقه [3] والقضاء [4] المصريين مجمعان - كما سبق أن أشرنا [5] -

١- الخفاء لغة، ضد الظهور، فخفى، أى، لم يظهر، وأخفاه، بمعنى، ستره وكتمه، والخافية ضد العلانية، واختفى بمعنى استتر وتوارى. القاموس المحيط ح٤ - باب الواو والياء فصل الخاء - ص ٣٢٦ وهو من الأضداد وخفاه من بابه كتمه وأظهره أيضا. قال تعالى "إن الساعة آتية أكاد أخفيها" (الآية ١٥ من سورة طه) أى أزيل عنها خفاءها أى غطاءها" (مختار الصحاح - ص ١٨٣، وانظر أيضا، المصحف المفسر - محمد فريد وجدى - طبعة دار الشعب ص ٤٠٧ .

٢- وانظر، فيما سبق، تعريف العيب مجردا، لغة واصطلاحا، هامش ١ ص ٧٠٤.

٣- محمد كامل مرسى: السابق، بند ٥٩٧ ص ٤٩٩ "ويجب أن يكون العيب خفيا" أبو علم: مقاله السابق ص ٢٨ مطابق، توفيق حسن فرج: مذكراته السابقه: ص ٥٠" والعيب الذى تترتب عليه المسئولية، يجب أن يكون خفيا، لايستطيع صاحب العمل معرفته وقت تسليم العمل" شنب، السابق، بند ١٠٨ ص ١٢٧" أما إذا كان العيب قديما، أى موجودا فى المبنى وقت القبول، فإن المقاول والمهندس لايضمناه إلا إذا كان خفيا، غير معلوم لرب العمل فى ذلك الوقت"، السنهورى: الوسيط ح ٧ بند ٦٥ ص ١١٥ "(والشرط الثانى) أن يكون العيب خفيا"، العطار (عبدالناصر) السابق، بند ٥٢ - ٤/ب ص ١٢٦ مع ملاحظة إشكال عبارته، الدورى: رسالته ص ٢٠٣ " أما الشرط الثانى، الذى يجب توافره فى العيب موضوع مساءلة المقاول والمهندس عنه فهو: أن يكون خفيا"، عنبر، السابق، بند ١٥١ - د =

على ضرورة أن يكون العيب - إلى جانب خطورته - خفيا عن رب العمل عند التسلم، حتى يمكن القول بدخوله ضمن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية .

ويعلل الفقه والقضاء المصريان إجماعهما هذا بأن رب العمل وقد قبل العمل وأقره دون إبداء أى تحفظ من جانبه، رغم علمه بالعيوب التى تشوبه، فإنه يعتبر بذلك متنازلا عن حقه فى المطالبة بالضمان عن هذه العيوب ، مما يبرئ ساحة المهندس المعمارى والمقاول من هذا الضمان .

ذلك أنه وقد كان فى مكنة رب العمل أن يرفض قبول العمل وتسلمه، بسبب ما شابه من عيب ظاهر خطير يهدد متانته وسلامته، أو أن يتحفظ - على الأقل - بحقه فى ضمان هذا العيب ، فلم يفعل لا هذا

= ص ١٧٦ مطابق للسنهوري، محمد ابراهيم دسوقى: مذكراته ص ٢٨ "حتى يقوم الالتزام بالضمان فى جانب المهندس أو المقاول يجب أن يكون سبب التهدم أو عدم المتانة أو الخلل خفيا وقت التسلم" وقد تستقيم العبارة أكثر مع معناها لو أصبحت "وحتى تقوم المطالبة بالضمان فى مواجهة المهندس أو المقاول يجب أن يكون سبب التهدم أو عدم المتانة أو الخلل خفيا، وقت التسلم" ذلك أن الالتزام بالضمان يكون دائما قائما فى ذمة المهندس المعمارى والمقاول منذ تسلم الأعمال، وحتى انقضاء مدة العشر سنوات (مدة الضمان) محسوبة من تاريخ هذا التسلم، أما المطالبة بالضمان فهى التى لا تقوم إلا إذا توافرت شروطه والتى من ضمنها أن يكون العيب خفيا ، ياقوت: السابق، بند ٤٣ ص ١٠٥ " وسواء رجع أصل الضرر إلى عيب فى ... أو فى ...، فإنه يجب أن يتوافر فى هذا العيب شرط الخفاء، وقت تسلم رب العمل للعمل حتى تغطيه مسئولية القواعد الخاصة"؛ شكرى سرور: السابق، بند ٢٠٩ ص ٢٣٤ "وفضلا عما تقدم من شروط يستقر القضاء المصرى على ضرورة خفاء العيب على رب العمل وقت التسليم حتى يمكن إعمال الضمان العشرى".

٤- انظر من ذلك القضاء: نقض مدنى فى ٥ من يناير ١٩٣٩ (مجموعة عمر ح٢ ق ١٥٤ ص ٤٥٢ وما بعدها "ومن ثم فإنه وفقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة ، يكفى لقبول دعوى الضمان، أن يكون العيب المدعى به فى البناء ... خفيا ، بحيث لايكون فى استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت التسلم ..." وانظر أيضا مطابقاله معنى ولفظا، حكم النقض المدنى فى ٩ من يونيو ١٩٥٥ فى الطعن رقم ٨٠ لسنة ٢٢ ق مج ٠م ٠ف س ٦ ق١٦٥ ص ١٢٣٥ .

كذلك قضى بأن "تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير مقيد بتحفظ ما ، من شأنه أن يغطى ما بالمبنى فى عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسلم ، أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء، فإن =

ولا ذاك ، فإنه يكون بذلك قد ولد ثقه مشروعة لدى كل من المهندس المعماري والمقاول ، بأن ساحتيهما قد برئتا بالتسلم النهائى للأعمال مقبولة من رب العمل ، رغم ما بها من عيب ظاهر له، دون إبداء أى تحفظ من جانبه، بشأن هذا العيب رغم ظهوره، مما يعد رضاء منه به وتعبيرا عن إرادته الحرة الواعية بقبوله الأعمال ، رغم وجود هذه العيوب الخطيرة بها (٦).

وبذلك يتضح لنا، أن التسلم النهائى للأعمال إذا تم باتا غير مقيد بتحفظ ما من قبل رب العمل ، فإنه - فى نظر الفقه والقضاء المصريين - يعفى المهندس المعماري والمقاول من كل ضمان ، بالنسبة للعيوب التى كانت ظاهرة له عند التسلم، سواء طبقا للأصل العام فى عقد المقاولة، وذلك إذا كانت هذه العيوب الظاهرة أثناء التسلم من البساطة بحيث لا يمكنها أن تهدد متانة البناء، أو المنشأ الثابت الآخر ، وسلامته، أو طبقا للأحكام الخاصة بالضمان العشرى المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ مدنى، إذا كانت تلك العيوب غير ذلك ، مالم يثبت رب العمل أن تسلمه هذا ماكان ليتم لولا غش صدر من المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما أو طرقا احتيالية امتطاها أى منهما، أو امتطاها سويا، ليحملانه على التسلم وقد كان (٧).

= التسلم لايغطيه ولا يسقط ضمان المهندس والمقاول عنه ...لان هذا العيب يعتبر من غير شك من العيوب الخفية التى لايغطيها التسلم" (طعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٠ ق فى ١٩٦٥/٦/١٠ مج م ف س ١٦ رقم ١١٧ ص ٧٣٦).
كما قضى كذلك بأن "إقرار رب العمل فى عقد الصلح بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها ليس من شأنه أن يعفى المهندس المعماري والمقاول من ضمان العيوب التى كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل ، لأن التسليم ولو كان نهائيا، لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو المعلومة لرب العمل وقت التسليم" نقض مدنى ١٩٦٧/٤/١٣ مج م ف س ١٨ ق ١٢٧ ص ٨٣٥ . وانظر عكس هذا القضاء س مختلط فى ١٩١١/٢/١٣ م ٢٣ ص ١٩٢ (مذكور فى شنب هامش١ص ١٢٨).
٥- راجع فيما سبق،ص ٧٠٧ وكذا ص ٧٩٠ .
٦- انظر، فيما سبق، الفقه والقضاء المشار إليهما فى هامشى ٣، ٤ ص ٢٧٤، ٢٧٥.
٧- السنهوري: الوسيط . حـ٧ بند ٦٥ ص ١١٥ ، العطار (عبد الناصر): السابق : بند ٥٢ - ٤/ب ص ١٢٦ .

٢- أما في فرنسا، فإزاء صمت المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي - شأنها شأن المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري سالفة الذكر - في هذا الخصوص، فقد تشعب الرأي فيما يتعلق بضرورة توافر شرط الخفاء في العيب - للقول بتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة من عدمه - إلى اتجاهين متباعدين، بينما يقتضي أولهما ضرورة توافر هذا الشرط يذهب الثاني إلى عدم تطلبه، ويرى أن العيب تسري عليه أحكام هذه المسئولية الخاصة خفيا كان أم ظاهرا.

أما أصحاب الاتجاه الأول، وهم الكثرة الغالبة من الفقه (٨) والقضاء (٩)، فيستندون أساسا - بالإضافة إلى ما قلناه حالا كسند لإجماع الفقه والقضاء المصريين - إلى الأعمال التحضيرية للمجموعة المدنية

٨- مينفييل: رسالته السابقة: بند ٣٣٦ ص ١٩٣ وما بعدها:
"L'architecte n'est pas responsable de vices apparents..... le vice a été commis, sans doute involontairement, par l'homme de l'art; le propriétaire le sait; l'architecte le lui a révèlé. Or, le propriétaire accepte quand même les travaux; il les paie; peut-etre s'opposera-t-il a leur réflection; c'est une veritable déchqrge donnée à l'architecte; il est inadmissible que ce dernier deneure responsable"

بلانيول وريبير ورواست: سابق حـ ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤:
"2° Il faut qu'il s'agisse de vices cachés; l'existence de vices apparents....., n'entraine aucune responsabilité pour l'architecte ou pour l'entrepreneur"

بيتر: السابق، ص ٦٣:
"Il ne suffit pas qu'il y ait vice de construction, encore faut-il que ce vice de construction soit caché, et seul vice caché peut doner lieu à la garantie décennale.... Du moins cette exigence se manifestait-elle de façon unanime et constante"

ر. بران R. BARRAINE: مقاله السابق، ص ٣٧٧:
"Du plus, le vice normalement être caché; l'existence de =

الفرنسية ، التى تفصح تماما عن مقصد واضعى هذه المجموعة فى قصر أحكام هذه المسئولية على العيوب الخفية فقط(١٠)، دون العيوب الظاهرة التى يغطيها التسليم، مهما كانت درجتها من الخطورة (١١).

vices apparents n'entraine pas la responsabilité de l'entrepreneur puisque l'accquéreur pouvait s'en rendre compte au moment de la réception de l'ouvrage" =

هوين برليوز (بريجيت) B. Houin Berloiz. مقال. "La responsabilité des constructeur de logements en droit français" Rev. Jur. Thé. 1977-3-p. 460. "Le caractère caché du vice à la reception, est assez facilement admis"

وانظر أيضا: ليت - فو: "مهنة المهندس المعمارى "La profession d'architecte" ط ٢ ١٩٦٣ بند ٧١١ ومابعده، وقانون البناء، سابق ص ٣٥٣ وما بعدها.، سانت ألارى: مقاله السابق: بند ٦٠ وقانون البناء: سابق . ص ٦٠٤ وما بعدها. كاستون: مقاله السابق ص ٩٥ عمود ٢، المرجع السابق بند ٢٠٢ ص ١٥٩، لابان: رسالته السابقه ص ١١٠، برين BRUN: المرجع السابق ص ٢٣، وما بعدها، زير فليه: المقال السابق، ص ٨ عمود ٢، فوسيرو: مقالها السابق ص ٢١، مالنفو وجستاز: مقالهما السابق، بند ١٠ ، كاريلا: فصل ٣ ص ٢٤، فصل ١ ص ٣١، بوبلى: مقال "La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janv.1978" R.D.I. 1979, 1, N°8 p.3 سوان: السابق . بند ٩ ص ٤٧٣:٤٧٦.

وانظر من فقه القانون العام: كانتيلوب: المرجع السابق ص ٥٥ :

"Les désordres, meme très graves, ne sont imputables à l'intrepreneur que dans la mesure où ils ne sont pas apparents lors de la reception definitive

شاردو Chardeau: مقال: "Des responsabilités respectives de l'architecte et de l'entrepreneur vis à vis de la personne publique, maitre de l'ouvrage au cas de malfacons" A.J.D.A. 1963, p.392 col.1.

جابولد: مقاله السابق. بند ١١، جالشيه: مقاله السابق. ص ٣٢ عمود ١.

٩- Cass. Req. 14,6,1899 S.1901,1,p.318, Cass. Civ. 30,6,1902 D.P. 1907,1,p.436; Cass. Req.27,2,1929 S.1929,1,p.128; Cass. Comm. 13 mai 1958 Bull. Civ.III N.188, p.154, Cass. Civ. 19 mai, 1958, J.C.P.1958,11,10808N. STARK: R.T.D.C. 1958, P.630 N.J.Carbonnier; G.P.1958,2p.59. Cass.Civ. 1er ch.4 janv.1958, D.1958,p.457, N.Rodière, R.T.D.C.1958 p.252 obs. J. Mazeaud, p.272 N.Carbonnier(J.), G.P.1958,1,p.168 Cass.civ.27 janv. 1959 Bull. 1959,1,N°54p.44 "attendu qu'ayant constaté, que les vices ne s'etuent relevés que postérieurement à la réception souligant ainsi leur caractère caché", Cass. Civ. 1er ch. 29 nov. 1960, A.J.P.I 1961 N°68P.35 Bull. Civ. 1960

أما أنصار الاتجاه الثاني(١٢)، من الفقه والقضاء الفرنسي، فيبـــررون قولهم بأسانيد من القانون، وأخرى قوامها الأخلاق .

=

I,N°518.P423G.P.1961,1,P.268,J.C.P. 1961,IV,P.2;D.1961 somm. p.11"Que les juges du fond ont soulignés que ces désordres n'ont été constantés que deux ans après terminaison des travaux et qu'ils sont consécutifs à des vices cachés ...."
Cass. Civ. 30 avr. 1963, A.J.P.I. 1964, N° 22 P.126 N. Montemerle;C.A. de Paris 23 juin 1930, D.H. 1930 p. 419;Angèrs 13 juin 1962, G.P. 1964 , 1, P. 4 "attendu que ces malfaçons que leur existence et leur consequence, n'étaient pas appareus lors de la réception qu'elles engagent la responsabilité de l'architecte par application de l'art. 2270 C. C. "
Lyon, 19,3 , 1975, BRUN N° 152 p. 274.

وانظر من قضاء مجلس الدولة الفرنسي أيضا :
C.E.7 juill, 1933 Rec. P.759 "La responsabilité décennale de l'entrepreneur ne serait engagée que si les défectuosités n'étaient pas apparents ou sileurs consequences ne s'étaient pas encore révélées au moment de la réception de l'ouvrage" C.E. 28 nov. 1947, A.J.Ed. 1948 p. 180 "Les vices apparents sont couverts par la réception. dès lors que cette réception est intervenue sans resérves" et en même sens C.E. 30 janv. 1957 A.J.D.A. 1957,II,N°253 P. 258;"à contrario, seuls les vices cachés pouvent donner lieu à garantie décennale" C.E. 11 oct 1957 A.J.D.A. 1957, II N°379 P. 414 et en même sens C.E. 15 fèv. 1967 Rev. Dr. adm. 1967 n°126;C.E. 10 janv. 1973 (BRUN op. cit. N° 65 p. 160, T. Ad. Rennes 25 janv' 1960 inedit cité par Peter op. cit. p. 67.

=

فأما سندهم من القانون فمقتضاه، أن أحكام هذه المسئولية تتعلق بالنظام العام، وما تعلق بالنظام العام، لايجوز لإرادة الأفراد أن تهدره أو تنال منه. ذلك أن المشرع إذ يعلق أمرا بالنظام العام إنما يريد بذلك أن يضع قيدا على حرية الأفراد فيما يتعلق بهذا الأمر بحيث لايتصرفون فيه إلا طبقا للطريق الذى رسمه المشرع، وإلا كان تصرفهم باطلا لمخالفته للنظام العام.

وعلى ذلك فإن قبول رب العمل للعمل، رغم علمه بما يشوبه من عيوب خطيرة ظاهرة فيه، لايمكن أن يخرج هذه العيوب عن طائلة تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة لأن الأمر يتعلق بالسلامة العامة للمواطنين، وليس بمجرد حق لرب العمل فى الضمان، فهل يذهب روع المواطنين ويمنحهم الثقة والاطمئنان على أنفسهم وأموالهم قبول رب العمل وتسلمه ،بدون تحفظ، لعمارة ظاهرة العيب، توشك أن تنهار مابين لحظة وآخرى(١٣) ؟!.

= وانظر بالإضافة إلى كل ذلك القضاء البلجيكى المشار إليه فى بريكمونت السابق هامش ٨ ص ١١٧ .

١٠- نيجر: السابق بند ٣٠ ص ٦٤ وما بعدها، بريكمونت: السابق بند ١١١ ص ١١٨: ١٢٠ .

١١- مينفييل: السابق: بند ٢٣٥ ص ١٩٣، سان موريس: السابق. ص ١١٤ ، ١١٥، بلانيول وريبير ورواست : حـ ١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤ .

١٢- انظر المراجع والأحكام المشار إليها بالهوامش التالية، وانظر عرض هذا الاتجاه فقها وقضاء بتفصيل أكثر: سوان: السابق.حـ٢ بند ٨٠٧، من ص ٤٧٠: ٤٧٣ .

١٣- بيزوس : السابق ص ٧٥، جالى: السابق ص ٧٢ ومابعدها، دلفو (ج) السابق: بند ٢٠٧ ص ١٧٤، نيجر: السابق بند ٣٠ ص ٦٤، ٦٥، دى پاج: حـ٤ بند ٨٩٢، دلفو(أ) حـ٢ بند ٦١٨ وما بعده، بريكمونت السابق: بند ١١٢ ص ١٢٥، دافيد كونستانت: مقاله السابق. بند٩ ص ١٦٩، وانظر تعقيب أستاذنا الدكتور محمد لبيب شنب على هذا الرأى حيث يقرر سيادته "أن تعلق هذه المسئولية بالنظام العام يمنع من الاتفاق على الإعفاء منها قبل تحققها، أما متى تحققت هذه المسئولية بحصول التهدم، أو بوجود العيب فعلا، فإن حق رب العمل فى الرجوع بالضمان لا يتعلق بالنظام العام فى شئ، ويجوز له النزول عنه صراحة أو ضمنا، وقبول رب العمل للعمل رغم علمه بوجود العيب يفيد هذا النزول" شنب: السابق هامش ١ ص ١٢٨، وانظر فى تأييد هذا الرأى السنهورى: الوسيط حـ٧ هامش ٣ ص ١١٦، ونحن من جانبنا نتفق مع هذا الرأى إذا ماكانت الحكمة من تعليق أحكام هذا الضمان بالنظام العام هى تحقيق مصلحة خاصة فقط تتمثل فى حماية رب العمل ضد رجال هذا الفن . أما إذا كان المشرع يتغيا من هذا المسلك =

وأما ما قوامه الأخلاق من سند عندهم، فمؤداه، أنه إذا كان العيب ظاهرا بالنسبة لرب العمل، فهو من باب أولى، أكثر ظهورا بالنسبة للمهندس المعماري والمقاول، باعتبارهما من رجال الفن، وذوي التخصص فيه، وإذا كان الأمر كذلك، فما يليق برجال الفن أن يقدموا لرب العمل - ذلك الرجل الذي منحهم ثقته، وأولادهم اطمئنانه - عملا مشوبا بعيوب خطيرة يعلمونها، حتى وإن كان يعلمها هو، ولايجوز لهم أن يتحصنوا وراء ظهور العيوب كي يفلتوا من أحكام هذا الضمان(١٤).

= تحقيق مصلحة عامة، إلى جانب مصلحة رب العمل فلا نعتقد ان قبول العمل يترتب عليه إهدار أحكام هذا الضمان، حتى ولو بعد تحقق سببه.

وقرب من رأي أستاذنا مايراه بعض الفقه الفرنسي، أيضا، من أنصار هذا الاتجاه، من ان التسلم لايغطي العيوب الظاهرة في العمل، إلا إذا أفاد التنازل الضمني لرب العمل عن حقه في المطالبة بضمان هذه العيوب، بمعنى أن تنازل رب العمل عن حقه في الضمان عن هذه العيوب الظاهرة لايفترض، بل لابد أن يوجد مايدل عليه إذن صراحة أو ضمنا بودري وفال: الإيجار بند ٣٩٢٧ ص ١٠٩٨. وانظر من هذا الرأي أيضا ش.ل. بوليو H.L.Beaulieu مقاله السابق. ص ٨١. حيث يقرر "Cette renonciation serrait legale" وانظر أيضا من أنصار هذا الاتجاه، من يذهب مذهبا بعيدا، فيرى أن تشديد المشرع لأحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول إنما يتمثل في إخضاع العيوب الظاهرة نفسها للضمان العشري وعدم تغطيتها بالتسلم طبقا لقانون العام في عقد المقاولة، أما العيوب الخفية، فتظل خاضعة للتقادم الطويل (الثلاثيني طبقا للقانون الفرنسي) وذلك طبقا للقواعد العامة. (هنري مازو: مقاله المسئولية العقدية للمقاولين، وتسلم الأعمال" متنوعات سافاتييه: بند ١٧ ص ٦٥٥.

"On peut même, allant encore plus loin, soutenir que la responsabilité décennale des articles 1792 et 2270 ne joue que dans le cas des vices apparents. On part de la constatation que la volonté des redacteurs de l'art. 1792 a été d'aggtaver la responsabilité de l'entrepreneur de construction en réportant à dix ans la libération de l'entrepreneur qui résulte de la réception (ef. obs. Berenger au cons. d'Etat.lorcé t. XIV, p. 362);or la réception ne libère l'entrepreneur que des vices apparents;ce sont donc les reuls vices apparents qui vise l'art. 1792;les vices cachés demeurent sommis à la prescription trentendire (c.f. H.L. et J. Mazeaud op. cit. t. III. n° 1370)"

=

بعد أن بينا كيف اقتضى الفقه والقضاء - سواء في مصر أو في فرنسا - ضرورة توافر شرط الخفاء في العيب - اتفاقا مع القواعد العامة - للقول بإخضاعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة، وأن العيب الظاهر، مهما بلغت خطورته، إنما يغطيه التسلم، متى كان معلوما من رب العمل، عند تسلمه للأعمال، وإقراره لها، وبالتالي فلا تسري عليه هذه الأحكام. نقول بعد أن بينا هذه المسألة الأولية، نشرع الآن في بيان أحكام هذا الشرط، التي يجب توافرها حتى يكون شرطا معتبرا، محققا لمقصود اشتراطه.

٣- ضوابط شرط خفاء العيب :

والمقصود بالعيب الخفي في هذا الخصوص هو كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت الآخر، تقتضي فطرته السليمة نقاءه منه، ويكون غير مدرك عادة لرب العمل عند التسلم (١٥).

= لكن هذا الرأي قد عدل عنه في الطبعات الأخيرة على أثر التعديلات التشريعية الأخيرة انظر: مطول المسئولية حـ٢ ط ١٩٧٠ بند ١٠٧٠- ١٣ ص ١٠٠، دروس: حـ٣ ط ١٩٨١ بند ١٣٦٨-٢ ص ٨٠١.
وانظر من القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه: Cass. Req. 26 mars 1941, S.1941-1, P.100; cass. civ. 15 mai 1945 S.T..Q 1941-1945 V° architecte N°10, cass. civ. 22/10, 1946 J.C.P. 1947, 11, 3482 N. Rodière, G.P. 1947,1,P. 18.,D" 1947 ,P.28;11,2, 1947,J.C.P. 1947,II,3599N.A.S.T.G.I. Lille 23, 7,1951 A.J.Ed.T. 1952, p. 162.
وانظر القضاء البلجيكي المشار إليه في كل من: بريكمونت: السابق هامش ١ ص ١١٥، دافيد كونستانت: السابق. هامش ٤ ص ١٦٩، سوان: السابق. هامش ١١ ص ٤٧٣.

١٤- ر. نيجر: السابق، بند ٣ ص ٦٥، كانتيلوب: السابق، ص ٥٥، ٥٦.
"une telle attitude n'est cependant répréhensible que sur le plan de la morale et même de la morale professionnelle"

١٥- انظر: ياقوت: السابق بند ٣٩ ص ٩٧، وانظر في مفهوم العيب الخفي بوجه عام: عبد الرسول عبد الرضا: رسالته، "الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي" القاهرة ١٩٧٤ ص ٨٣:٩٢، أنور سلطان وجلال العدوي "عقد البيع" ط ١٩٦٦ ص ٣٣٨ وما بعدها بند ٤٢٩. خميس خضر "عقد البيع" ط ٣، ١٩٧٤ بند ١٣٧ ص ٢٣٨: ٢٣٠، عبد الودود يحيى: دروس في العقود المسماة: البيع والتأمين ط ١٩٧٨ ص ١٤٢ وما بعدها.
وانظر فيما يتعلق بلفظ "خلل" ص٧٩٣، فيما سبق، وهامش ٧ بها.

ويقتضينا هذا التعريف الذى ارتضيناه للعيب الخفى ، باعتباره شرطا لازما لانطباق أحكام هذه المسئولية الخاصة بيان وقت الخفاء ، وبالنسبة لمن يكون وما معياره وسلطة تقديره .

أما عن الوقت الذى يلزم أن يكون العيب فيه خفيا ، أو بعبارة أخرى ، الوقت الذى يعتد بظرف الخفاء فيه ، فهو - طبقا لما أجمع عليه كل من الفقه والقضاء ، سواء فى مصر أو فى فرنسا - الوقت الذى يتم فيه التسلم النهائى حيث إنه - طبقا لما سبق أن بينا (١٦) - فى هذا الوقت بالذات يكون العمل قد تم إنجازه ، ووضع تحت تصرف رب العمل لتسلمه ، بعد أن يقوم بمعاينته وفحصه لاكتشاف ما قد يشوبه من عيوب ظاهرة ، أو خفية ، لكن يمكن الكشف عنها بالفحص المعتاد طبقا لعرف المهنة (١٧) .

وعلى ذلك ، فلا يؤثر على سريان أحكام هذه المسئولية الخاصة ، ظهور العيب ، وانكشاف أمره بعد تاريخ التسلم ، كأن كان العيب موجودا بالعمل قبل التسلم ، أو حتى كانت جرثومة موجودة قبل هذا التاريخ ، ولكن لم يمكن لرب العمل اكتشافه طبقا للفحص الذى أجراه ، ففى هذه الحالة يكون قد توافر شرط (أو ظرف) الخفاء للعيب الذى لحق بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر ، مما يجعله سببا لانطباق أحكام هذه المسئولية .

وعلى العكس من ذلك ، لا محل لسريان أحكام هذه المسئولية الخاصة ، إذا كان العيب خفيا فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، ولكن انكشف أمره عند التسلم - ومن باب أولى قبل ذلك - نتيجة ما أجراه

١٦- انظر فيما سبق من ص ٢٧٢ : ص ٢٧٥ .

١٧- انظر فى ذلك : شنب : السابق بند ١٠٨ ص ١٣٧ ، السنهورى : الوسيط ح٧ بند ٦٥ ص ١١٥ ، شكرى سرور ٢٠٩ ص ٢٣٤ ، وهذا ما استقر عليه القضاء فى مصر ، انظر على سبيل المثال نقض مدنى فى ٥ من يناير ١٩٣٩ مجموعة عمر ح٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢ وما بعدها وفى ٩ من يونيو ١٩٥٥ مج.م.ف س ٦ رقم ١٦٥ ص ١٢٣٥ .
وانظر فى الجانب الفرنسى الفقه والقضاء المشار إليهما فى هامش ٨ ، ٩ ص ٨٣٩ وما بعدها فيما سبق .

رب العمل من فحص ومراجعة العقار المشيد، ذلك أن ظرف الخفاء فى هذه الحالة وقد تبدل إلى ظهور ، فإن شرط الخفاء عند التسلم، المقتضى تحققه لانطباق تلك الأحكام يكون قد تخلف، ويترتب على ذلك أن تسرى فى هذه الحالة القواعد العامة للمسئولية العقدية .

أما إذا لم يكن العيب - أو حتى جرثومته - موجودا أصلا فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، عند التسلم، ولكنه شاب هذا أو ذاك بعد ذلك ، وفى خلال مدة العشر سنوات التالية للتسلم [١٨] ، فليس ثمة محل لاشتراط خفائه عند التسلم، إذ ليس من المنطق ولا من المعقول أن يشترط الخفاء فى شئ هو معدوم أصلا، لما يظهر بعد إلى حيز الوجود [١٩] .

وظرف الخفاء المقتضى توافره فى العيب ، حتى يصبح شرطا من شروط تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة، يجب أن يكون بالنسبة لرب العمل ، وهو الطرف المضمون طبقا لهذه الأحكام، أما إذا كان العيب خفيا بالنسبة للمهندس المعماري أو المقاول ، ظاهرا بالنسبة لرب العمل، أو حتى معلوما منه، فلا محل لانطباق تلك الأحكام متى كان هذا الأخير قد تسلم الأعمال ، دون اقتضاء إصلاح ، أو احتفاظ له بحق فى الرجوع عليهما مقابل هذا العيب [٢٠] .

أما عن طبيعة المعيار الذى يقدر بناء عليه خفاء العيب، فغالب الفقه، سواء فى مصر أو فى فرنسا، على أنه المعيار الموضوعى، الذى يعتد بقدرة الرجل العادى من ذات الطائفه، فى اكتشاف العيب ، والوقوف

١٨- وذلك طبقا للرأى الذى اتفقنا معه، من الاعتداد بهذا العيب الطارئ أصلا فى تطبيق أحكام هذه المسئولية. راجع فيما سبق من ص٣٨٣ : ص ٣٨٦ .

١٩- انظر فى ذلك : شنب : السابق بند ١٠٨ ص ١٢٧: العطار(عبد الناصر) السابق بند ٤/٥٢ - ب ص ١٢٥ "كانتيلوب : السابق . ص ٥٩ .
"La question de savoir si un vice est ou non apparent ne se pose que pour les vices qui existent lors de la réception"
C.E. 28 nov. 1947 Rec. p. 645, A.J.Ed.T.1948,II,p.17.

٢٠- عبد الرسول عبد الرضا : رسالته السابقه. ص ٨٢ .

عليه طبقا للعرف الذى جرى عليه العمل فى هذا المجال (٢١). فى حين يذهب بعض الفقه إلى الاعتداد بالمعيار الشخصى أو الذاتى ، الذى لايعتد إلا برب العمل نفسه ، ومدى قدرته الذاتية على اكتشاف العيب

٢١-انظر من الفقه المصرى فى هذا الخصوص : محمد كامل مرسى: السابق بند ٥٩٧ ص ٤٩٩ "... فالعيوب الظاهرة التى ما كان للمالك ان يجهلها وقت تسلمه العمل ..." شنب : السابق . بند ١٠٨ ص ٢٧ " أما إذا كان العيب قديما ، أى موجودا فى المبنى وقت القبول، فإن المقاول والمهندس لايضمناه ، إلا إذا كان خفيا غير معلوم لرب العمل فى ذلك الوقت ، وغير ممكن كشفه ولو بذل عناية الشخص المعتاد فى فحصه المبنى ومعاينته ، إما إذا كان العيب معلوما لرب العمل وقت المعاينة والقبول ، أو كان ظاهرا بحيث كان فى استطاعة رب العمل أن يكشفه لو بذل عناية الشخص المعتاد فى فحص المبنى...."
السنهورى : الوسيط ج٧ بند ٦٥ ص ١١٥ "... فإذا كان العيب ظاهرا بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد ..." العطار (عبد الناصر) السابق: بند ٥٢-٤/ب ص ١٢٦ " ويلاحظ أن تسلم صاحب العمل المبنى، وبه عيوب ظاهرة ، يفترض معه علمه بها ..." وهذا ما يفيد تبنى سيادته للمعيار الموضوعى وإلا لكان قد اقتضى العلم اليقينى لرب العمل بهذه العيوب ، الدورى : رسالته السابقة ص ٢٠٣: "فإذا كان العيب من الظهور بحيث يستطيع رب العمل كشفه لو بذل فى فحص البناء عناية الرجل المعتاد" عنبر: السابق . بند ١٥١-د ص ١٧٦ "فإذا كان العيب ظاهرا بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد .."
ياقوت : السابق . بند ٤٣ ص ١٠٦ "وعلى ذلك فإنه إذا كان العيب معلوما لرب العمل وقت المعاينة والقبول ، أو كان ظاهرا بحيث كان فى استطاعة رب العمل أن يكشفه، لو بذل فى فحص المبنى عناية الشخص المعتاد .." .
ونعتقد أن استئناس الأستاذ مصطفى أبو علم فى مقاله، سالف الذكر، ص ٢٨ - بعد اشتراطه لخفاء العيب ، وتقريره أن العيب الظاهر لاتنجم عنه أية مسئولية - بحكم النقض المصرى الصادر فى ٩ من يونيو ١٩٥٥، سالف الذكر، الذى شبه فى هذا الخصوص (خصوص المعيار) هذه المسئولية بمسئولية البائع عن العيوب الخفية ، وكذلك استئناسه بالأعمال التحضيرية : م ص ٢٣، فى خصوص إمكانية كشف عيب الأرض ، بالنسبة للمهندس المعمارى ، وما استقر عليه الرأى من الأخذ بمعيار موضوعى فى هذا الخصوص ، لدليل - فى نظرنا - على أن سيادته إنما يتبنى معيارا موضوعيا فى تقديره لخفاء العيب ، وليس معيارا ذاتيا .
هذا عن الفقه المصرى ، ممن استطعنا أن نقف على رأى له فى هذا الخصوص ، صراحة أو استدلالا ، أما عن الفقه الفرنسى، ممن تبنى أيضا المعيار الموضوعى ، فنسوق - كما فعلنا بالنسبة للفقه المصرى- بعض نقول منه، علها تؤكد ما ذكرنا عنه فى المتن بعاليه :
بلانيول وريبير ورواست : السابق ح١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤:-
= L'existence de vices apparents que le proprietaire n'a pu ignorer au moment de la réception........

وعلمه به (٢٢).

أما عن مذهب القضاء فيما يتعلق بطبيعة المعيار الذى يقدر بناء عليه مدى خفاء العيب وظهوره، باعتباره صاحب السلطة المطلقة فى هذا التقدير، كما سيأتى بعد قليل، فنرى أن إيضاح البحث يقتضينا بيانه فى كل من القضائين على حدة :

= Il y a lieu d'ailleurs de présumer qu'un ouvrage resçu sans reserve ne présentait pas de vice apparent"

فلان ولدباف: بند٦٢٧ص ٣٥٥:
Il y a lieu de présumer qu'un ouvrage resçu sans résérves ne présentait pas de vice apparent, encore faut il pour qu'un vice soit apparent, et comme tel insusceptible de mettre en jeu la responsabilité décennale des constructeurs. qu'il n'eut pas du echapper à un non-technicien, c'est à-dire à une personne non experte normalement prudente et attentive ...."

كانتيلوب : السابق ص ٦٠:
"Juges et experts ne rechercherent pas si le maître de l'ouvrage connaissait effectivement, lors de la réception définitive, le vices de construction ;ils rechercherant si, étant données les circonstances. il pouvait les connaitre.....En transposant la célèbre formule du code civil, on peut dire que le caractère apparent des vices de construction dèpend de la connaissance que peut en avoir nontel ou tel maitre de l'ouvrage, mais le bon maitre de l'ouvrage

En matière de travaux privés, les vices de construction doivent être visibles pour un simple profane. La réception étant effectuée par le propriétaire, non expert en matière de construction, on ne peut exiger de lui qu'une intelligence et une attention moyennes"

=

أولا: معيار الخفاء في القضاء المصري: لايتضح، بشكل قاطع، من أحكام القضاء المصري طبيعة المعيار الذي يعتد به في تقديره لمدى خفاء العيب أو ظهوره بالنسبة لرب العمل(٢٣)، هل هو المعيار الموضوعي، الذي يعتد برب العمل العادي، أو المعيار الذاتي، الذي يعتد بمدى قدرة رب العمل ذاته على اكتشاف العيب ؟

وإذا كانت عبارات القضاء لاتسعفنا في الوقوف على طبيعة المعيار الذي يتبناه، إلا أن الاحتمال الراجح عندنا أن قضاءنا المصري يعتمد في تقديره لخفاء العيب على المعيار الموضوعي الذي يقوم على قياس قدرة رب العمل المعتاد على اكتشاف العيب(٢٤).

= سوان: السابق جـ٢ بند ١١ ص ٤٧٨ وما بعدها. "Il s'agit d'un vice 'non visible pour un profane' ou encore de celui qui ne peut être decele à la suite d'un examen attentif qu'un homme sérieux apporte aux affaires qu'il qu'il réalise".

كاستون: السابق بند ٢٠٣ ص ١١١. 'En tout état de cause, la réception ne couvre que les vices dont les effets sur les parties maîtresses d'l'immeuble sont évidents pour un non-technicien... l'exonération ne porte que sur les vices pourvont étre décelés par un maitre de l'ouvrage normalement deligent...."

٢٢- مينفييل: رسالته السابقه بند ٢٣٦ ص ١٩٣. "Il ne suffira pas que le vice soit visible en soi ou reconnaisable pour un homme de l'art.;il faudra en outre qu'il soit apparent pour le propriétaire lui-meme, c'est - a - dire,tel que ce dernier ait eu la possibilite dé la constater et d'en apprécier l'importance"

ر. نيجر: رسالته السابقة: بند ٣١ ص ٦٤: "...c'est apparence devrait cependqnt étre considérée en fonction du maître de l'ouvrage, qui exonérerait les constructeurs des malfaçons dont il a pu se rendre compte malgré son ignorance des règles de l'art"

وربما كان من هذا الرأي في الفقه المصري الأستاذ الدكتور محمد ابراهيم دسوقي (مذكراته ص ٢٩) إذ يقرر سيادته: "فليس الذي يهمنا هو علم المهندس أو إمكان علمه بالعيب، ولكن الذي يعول =

ونحن فى ترجيحنا هذا نستأنس ببعض القرائن منها :

١- أن الفقه المصرى فى مجموعه - كما سبق أن رأينا حالا - على أن المعيار فى هذا الخصوص معيار موضوعى ولا أخال قضاءنا المصرى كان فى يوم من الأيام فى معزل عن فقهه ، فلو كان قد تبنى معيارا مختلفا عن المعيار الذى ارتضاه الفقه لكان قد أبان ذلك ، ولو - على الأقل- تلميحا فى أحد أحكامه .

٢- أن محكمة النقض المصرية ، قد قضت فى حكمها الصادر فى ٩ من يونيو ١٩٥٥، سالف الذكر، أنه "يكفى لقبول دعوى الضمان العشرى ، أن يكون العيب المدعى به فى البناء خللا فى متانته ، وأن يكون خفيا ، بحيث لايكون فى استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت التسلم مسئولية البائع عن العيوب الخفية ، مع فارق فى مدة الضمان ٠٠٠٠٠) فان مقتضى هذا التشبيه - فى نظرنا - ان المعيار فى هذه الحالة معيار موضوعى ، كالمعيار فى مسئولية البائع عن العيوب الخفية فى المبيع (م ٢/٤٤٧ مدنى مصرى) بل ان القول به هنا ادعى منه هناك ، لان ما اتيح لرب العمل من امكانية زيارة موقع العمل ، ومراقبة تنفيذ الاعمال اولا باول ، بنفسه ، او بواسطة من يكل اليه ذلك من رجال الفن ، من أهل ثقته ، لم يكن يحتاج مثله للمشترى ، الذى تقتصر فرصته عادة فى المعاينة والفحص على الوقت الذى يتم فيه الشراء ، وليس قبل ذلك .

٣- كذلك يمكن ان يفهم هذا المعنى بطريق الاستئناس ايضا باعتداد نفس المحكمة كذلك فى حكمية آخرين [٢٥] بالمعيار الموضوعى ، فيما

= عليه هو علم رب العمل ذاته بالعيب الخفى، ولا يكفى إمكان علمه به ، إذ أننا بصدد معيار ذاتى، ولذا يلزم أن يتوافر فى جانب رب العمل العلم الحقيقى ٠٠٠" .

٢٣- انظر شكرى سرور: السابق، بند ٢١٥ ص ٢٤٠، وما سجله بهامش ١٧٩ بنفس الصفحة من تأرجح عبارات القضاء بين المعيارين فى هذا الخصوص.

٢٤- عكس ذلك: شكرى سرور: الهامش السابق، حيث يرجح أن القضاء يعتمد فى هذا الشأن معيارا ذاتيا أو شخصيا مؤسسا ترجيحه على عبارة "بحيث لم يستطع صاحب البناء اكتشافه "التى جاءت فى بعض الأحكام وإن كنا نرى أن هذه العبارة لاتكفى بذاتها أن تكون مرجعا.

٢٥- حكم النقض المدنى فى الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٠ق جلسة ٢١ من يناير ١٩٦٥ مج٠م٠ف س١٦ ق ١٣ ص ٨١ وكذلك فى الطعن ٤٤٠ لـ ٣١ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ مج٠م٠ف س ١٧ ص ١٨٣٠ ق ٢٦٤ .

يتعلق بخفاء العيب أو الخطأ فى التصميم ، الذى يأتى به رب العمل ، بالنسبة للمقاول ، حيث تقرر "إلا أن المقاول يشترك فى المسئولية مع صاحب العمل ، إذا كان على علم بالخطأ فى التصميم وأقره ، أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لايخفض أمره على المقاول المجرب " وأيضا باعتداد واضعى التقنين المدنى الجديد بذات المعيار ، فيما يتعلق بخفاء عيب التربة بالنسبة للمهندس المعمارى " ... المهندس يكون مسئولا عن العيب الذى يمكن كشفه عادة وفقا لقواعد الفن " (٢٦).

ثانيا : معيار الخفاء فى القضاء الفرنسى :

لم تتردد أحكام القضاء الفرنسى ، خاصه وعامه ، فى الاخذ بالمعيار الموضوعى فى تقديرها لمدى خفاء العيب فى العقار المشيد ، بالنسبة لرب العمل ، إلا أنها لم تتفق كلمتها على استعمال مصطلح معين ، ترمز به إلى هذا الأخير فى نطاق هذا المعيار ، بل تعددت مصطلحاتها فى هذا الخصوص ، وإن كانت لاتختلف فى الدلالة على المعنى الذى تقصده ، فتارة ماتستعمل لفظ " Un profane " (٢٧) أى الشخص الغير ملم (أو الجاهل) بقواعد الفن وأصوله ، وأخرى تستعمل عبارة " un non technicien " (٢٨) أى رب العمل الغير فنى ، فى حين تستعمل ثالثة عبارة "رب العمل النشط عادة Un maître de l'ouvrage normalement diligent " (٢٩).

٢٦- الأعمال التحضيرية . جـ ٥ ص ٢٣ "تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب" .

٢٧- انظر بالنسبة لمعيار الخفاء فى قضاء المجلس الدولة الفرنسى كانتيلوب : السابق . ص ٦٠ ومابعدها والقضاء المشار إليه فى هامش ٧٢ ص ٦٠ أما بالنسبة للقضاء العادى فانظر الاحكام المشار إليها فى الهوامش التالية من هـ ٢٧ مكرر إلى هامش ٣٢ .

٢٧م- "Cass. civ. 19 mai,1958 précité''..le vice considéré comme caché lors qu'il n'est pas visible power un profane" et en meme sens cass. civ. ch. mixte 16 janv.1976 G.P.1976 pano. p.66, Droit et Ville 1977,3, P.363.

٢٨- Cass. civ. 22 oct.1946 précité"En tout étant de cause, la réception ne couvre que les vices dont les effets sur les parties maitresses de l'immeuble sont évidents pour un non technicien" et en même sens Cass. civ. 1 er ch. 17 mai 1965 Bull. civ. 1965, 1^o N 332, P. 227" -Cass. civ. 3^e ch.22 nov.1976 Bull.civ.1976,3 N415,P.316 "L'exonération ne porte que sur les vices pouvant étre décelés par un

كذلك ، فإن محكمة النقض الفرنسية تحث رب العمل وهو يجرى عملية التسلم ، أن يباشر رقابة يقظة عادة ، وتعطيه الحق دائما فى أن يقوم بمراجعة وفحص التنفيذ فحصا دقيقا ، مستعينا فى ذلك برجل الفن الذى يختاره دون تقيد بالمهندس المعمارى المكلف من قبله بالإشراف على الأعمال ، والرقابة على التنفيذ (٣٠).

على أن محكمة النقض الفرنسية ، تارة ما تأخذ بهذا المعيار بطريقة مجردة مطلقة ، فتعتبر أن العيب خفى متى كان يستحيل كشفه على رب العمل العادى وإن كان معلوما ، لظرف ما من رب العمل هذا بالذات (٣١). وأخرى تأخذ به بطريقة نسبية آخذة فى الاعتبار بعض الظروف الخارجية التى تتوافر لرب العمل ، كظرف العلم بالعيب لأى سبب من الأسباب ، رغم خفائه بالنسبة لرب العمل العادى (٣٢) ، وهى فى ذلك تقترب من أحكام القضاء المصرى ، كما سبق أن رأينا (٣٣).

والملاحظة أن القضاء القرنسى ، وإن كان يأخذ بالمعيار الموضوعى فى تقديره لخفاء العيب بالنسبة لرب العمل ، كما قلنا ، إلا أنه إيمانا منه بصعوبة هذا المعيار بالنسبة لهذا الأخير (٣٤) ، نجده

maître de l'ouvrage normalement diligent"

٣٠- Cass.civ. 3ch. 12 nov.1974 B.C.1974,3,N 402 p. 313

٣١- وانظر ، كاستون: السابق ، بند ٢٠٣ ص ١١١ ، شكرى سرور السابق هامش ١٨١ ص ٢٤١.
Cass. civ. 19 mai,1958,J.C.P.1958,II, 10808N. STARK
وانظر فى هذا المعنى مازو: المطول ج٢ بند ١٠٧٠- ١٢ ص ١٠٠ ، ياقوت السابق بند ٤٤ ص ١١٠ ، ١١١.

٣٢- Cass.civ. 22 oct.1946 Précité,cass.civ. 3 ch, 27 avr.1977 B. N. 178 P. 137.
وانظر فى ذات المعنى بالإضافة إلى الهامش السابق. الأساتذة مازو وجيجلار: دروس . ج٣ بند ١٣٦٨-٢ ص ٨٠٢ .

٣٣- راجع فى ذلك حكم النقض الصادر فى ١٠ من يونيو ١٩٦٥ سابق "تسلم رب العمل البناء ... من شأنه أن يغطى ما بالمبنى من عيوب كانت ... أو معروفة لرب العمل ..." وكذلك حكم النقض الصادر فى ١٣ من إبريل ١٩٦٧ سابق ، "اقرار رب العمل فى عقد الصلح بتسلم البناء مقبولا بحالته الظاهرة التى هو عليها ، ليس من شأنه أن يعفى المهندس المعمارى ، والمقاول من ضمان العيوب التى كانت ... ولم يكن يعلمها رب العمل "لأن التسليم ولو كان نهائيا لا يغطى إلا العيوب الظاهرة أو المعلومة لرب العمل وقت التسليم" .

٣٤- أشار إلى ذلك مازو: المطول ج٢ بند ١٠٧٠-١٣ ص ٩٩ ، دروس: ج٣ بند ١٣٦٨-٢ ص ٨٠١ .

يذهب الى حد بعيد فى التساهل فى تطبيق هذا المعيار، فهو لايقف فى تقديره لظرف الخفاء عند مظهر الخفاء فى العيب نفسه أو ذاته، بل يتعدى ذلك إلى الاعتداد بظرف الخفاء، وان لم يكن فى ذات العيب بل اقتصر على آثاره.

فقد قدر هذا القضاء أنه من الممكن أن يكون العيب ظاهرا فى ذاته عند التسلم، لكن مدى ما يترتب عليه من آثار، ومدى خطورة هذه الآثار لايكون ظاهرا فى ذلك الوقت(٣٥)، بحيث يستطيع رب العمل أن يقدر موقفه بوضوح، بالنسبة لهذا العيب، من تسامح فيه، أوتمسك به، ذلك أن انكشاف آثار مثل هذا العيب لايتم إلا بعد فترة من استعمال العقار المشيد(٣٦)، أو يحتاج إلى فحص متعمق من خبير متخصص فى هذا المجال(٣٧).

لذلك قرر القضاء الفرنسى فى مجموعه، سواء فى ذلك القضاء المدنى أو القضاء الإدارى، أن العيب الذى تخفى آثاره بهذه الصورة على رب العمل يعتبر أيضا عيبا خفيا ـ تسرى عليه أحكام هذه

٣٥- Cass.civ. 1er ch. 17 mai 1965 B.C.1965,1,N°320 P.237,Cass.C. 3°ch. 27 avr. 1977 B.C.1977 N 178,p.137, A.J.P.I. 1978 P.211 obs. R. BRUN

٣٦- Cass. cic. 22 oct.1946 précité;13 juin 1878G.P.1978,2,Pan. P.349 , 6 janv. 1979,D.1979 I.R. p. 522, 2 oct. 1980 G.P. 8 avr. 1981 Pan. p. 84
وانظر من القضاء الادارى C.E.30 juin 1950 Rec.p.407,18mai,1962. Rec. P. 219, A.J.D.A. 1963,II,P. 32, M.T.P. et Bat. Janv. 1963 N° 75;13 janv. 1973 Quot. jur. 29 mai 1973,T.A. de Caen 13 juin 1961 A.J.D.A. 1961 II 448; 18 déc.1946 Rec. P.939

٣٧- Cass. civ. 1er ch. 13 juill 1964 Bull. civ.1964,1,N°395 P.307; cass. civ. 3°ch. 24 mars 1979 cite par CASTON op. cit. p. 111 N.9.;7 juin 1978 D. 1978 I.R.P.502 des Larroumet.

المسئولية الخاصة ، ولو كان ظاهرا فى ذاته لرب العمل عند التسلم (٣٨).

ليس هذا فحسب من سبيل لاتساهل سلكه القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص تيسيرا على رب العمل ، بل إنه أوجد لصالح هذا الأخير قرينة قضائية ، مقتضاها أن كل عيب لم يرد عنه تحفظ بمحضر التسليم والتسلم هو عيب خفى . وعلى من يدعى غير ذلك إثباته (٣٩). وبمقتضى هذه القرينة ، أعفى رب العمل من إثبات خفاء العيب - وهو أمر جد عسير- الذى يدعيه فى البناء عند التسلم (٤٠)، على خلاف ما تقتضيه القواعد العامة فى الإثبات ، من أن المدعى عليه إثبات دعواه "البينه على من ادعى" وبذلك أصبح على المعمارى"المدعى عليه" أن يثبت أن العيب الذى يدعيه رب العمل كان ظاهرا عند تسلمه للعمل وإقراره إياه ، أو أنه كان يعلم به ، رغم خفائه ، بأى سبب من الأسباب (٤١).

٣٨- Angèrs :13 juin, 1962 G.P. 1963,1 somm. P. 4 "attendu... que leur existence et leurs consequences (de ces malfaçons), n'étaient pas apparues lors de la réception ...."

٣٩- Cass. civ. Req. 27 fèv. 1929 s.1929,1,p.128C.E. 29 nov. 1911 Rec. P. 116;13 nov.1924 Rec. P. 887.

وانظر فى هذا المعنى: بلانيول وريبير ورواست :ج١١ بند ٩٥١ ص ١٩٤، كانتيلوب : ص ٦٠ ومابعدها ، سوان :السابق،ج٢ بند ١١ص٤٨٠.

٤٠- بريجيت هوين برليوز: مقالها السابق ص ٤٦٠، فوسيرو: مقالها السابق ص ١٢٤

٤١- انظر بالاضافة إلى المراجع المشار إليها فى هامش ٣٩ أعلاه : سان موريس، رسالته السابقة ص ١١٥

"Le constructeur doit prouver que le maître de l'ouvrage a bien eu connaissance du vice et de ses consequences probables, que le vice était apparent ....."

وانظر أيضا فى هذا المعنى: مالنفو وجستار: مقالهما السابق، بند ١٠:

"d'autre part, au plan de la preuve, tout vice est en pratique présumé caché jusqu'à preuve de contraire par le locateur d'ouvrage"

على أن تقدير مدى خفاء العيب فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر، أو مدى خفاء آثاره بالنسبة لرب العمل هى مسألة واقع مما يختص به قاضى الموضوع بمقتضى سلطته المطلقة على الواقع، يقدره طبقا لظروف وملابسات كل قضية على حدة، دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض، إلا فيما يتعلق بالقصور فى التسبيب، أو التضارب فى الأسباب(٤٢).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها الحديثة نسبيا، بأن على قضاة الموضوع، حين ينتهون إلى القول بإدانة المعماريين بالضمان العشرى، ألا يكتفوا بالقول بأن آثار العيب الذى كان ظاهرا عند التسلم قد تفاقمت بعد ذلك، وإنما يجب عليهم أن يضمنوا أحكامهم ما يفيد أن هذا التفاقم فى الآثار لم يكن قابلا للانكشاف بالنسبة لرب العمل عند تسلم الأعمال، وإلا كانت أحكامهم قاصرة فى التسبيب قابلة للطعن(٤٣).

كذلك قضى بأن العيب المتمثل فى نقص العازل الصوتى، يعتبر عيبا ظاهرا عند التسلم. إذا ما بان من حيثيات الحكم، أنه بسبب التحفظات التى سجلها متلقى الملكية. لجأ البائع إلى خبير انتهى فعلا، فى تقريره، وقبل التسلم، إلى عدم كفاية العزل الصوتى فى الحائط

٤٢- Cass. civ. 3°ch. 22 nov. 1977 Bull. N.396,P.301
وانظر أيضا سان موريس الهامش السابق، كاستو: المرجع السابق بند ٢٠٥ ص ١١١.

٤٣- Cass. civ. 3 ch. 20 déc.1977 B.C. 1977, 3N 454 P.346 D.1978 I.R. P. 329
أشار إليه أيضا شكرى سرور هـ ١٨٩ ص ٢٤٣، وانظر كاستون الهامش السابق.

الفاصل(٤٤). فى حين اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن العيب المتمثل فى نقص العازل الصوتى يعتبر عيبا خفيا، إذا لم يمكن كشفه عند التسلم (٤٥).

وقضى أيضا بأنه لايمكن أن يوصف بالظهور عيب التصميم بالنسبة لمنحدرات المداخل لادور تحت الأرض لعقار. ذلك العيب الذى لايمكن أن ينكشف إلا بالاستعمال(٤٦)، كما قضى بأن وجود حشرات فى الخشب المستخدم فى أرضية البناء أدى إلى تسوسه يعتبر عيبا خفيا فى مفهوم تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة (٤٧).

وعلى وجه العموم فإن العيوب التى لايستطيع كشفها رب العمل العادى الغير ملم بقواعد الفن وأصوله تعتبر عيوبا خفية فى مفهوم تطبيق هذه الاحكام (٤٨). وبمفهوم المخالفه لذلك. يعتبر عيبا ظاهرا عند التسلم عدم مطابقة سمك الجدران لما هو متفق عليه فى العقد(٤٩)، أو كون سياج السلم منخفضا جدا (٥٠)، كذلك تثبيت هوائى (إريال) التليفزيون على مدخنة عقار مجاور يعتبر من العيوب الظاهرة عند التسلم (٥١).

٤٤- Cass. civ. 3°ch. 15 mars.1978, J.C.P.1978, IV, P.161, C.E.5.5 1967 Req. 64637 cité par Liet-Veaux op. cit. P. 354

٤٥- Cass. civ 3°ch.11 déc.1974 inidit cite par Liet-Veaux note précédente

٤٦- Cass. civ. 3°ch. 21 fèv.1978 G.P. 7 juil 1978 som.; 7 juin 1978 D. 1978 I.R., P. 502.

٤٧- Cass civ. 20 janv.1967 A.J.P.I.1977, P.110 cité aussi par Liet-Veaux op. cit. P. 353

٤٨- Cass. civ. 14 mai, 1958 précité. C.A. Montpellier 17 avril 1956 cité par B. Soinne op. cit. t.II P. 479 n. 17

٤٩- شنب : السابق بند ١٠٨ ص ١٢٨، ويشير إلى بروكسل التجارية فى ١٨٨٨/١٢/١٧.

٥٠- شنب : الهامش السابق ويشير إلى مونبلييه فى ١٩٠١/٧/٢٢ د. الدورى ١٩٠٣-٢ ص ٤٦٠.

٥١- نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ٧من مايو ١٩٦٢ مذكور فى ليت- فو: السابق ص ٣٥٣ أشار اليه ايضا ياقوت: السابق: بند ٤٣ ص ١٠٧.

تقديرنا لشرط الخفاء فى العيب :

أوضحنا عند بداية دراستنا لهذا البند كيف أن شرط الخفاء لم يثر بشأن اقتضائه خلاف على الساحة القانونية المصرية فقها وقضاء فى حين ثار هذا الخلاف على الساحة القانونية الفرنسية بين مقتض له ومهدر إياه، وأبنا حجج كل فريق ، وإذا كان لنا أن نبدى رأيا حول هذا الأمر، فإننا لاشك ، أميل إلى تأييد الرأى القائل بضرورة توافر شرط الخفاء فى العيب حتى يتسنى القول بإخضاعه لأحكام هذه المسئولية الخاصة. بينما يعفى التسلم من المسئولية عن العيوب الظاهرة فى البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر، لما أبداه الفقه والقضاء من أسباب منتجه فى هذا الخصوص ، وهذا يعد من أهم الآثار التى تترتب على التسلم (٥٢) .

هذا ولما كنا نرى أن الأمر جد مرتبط بمدى خضوع أحكام هذه المسئولية الخاصة للنظام العام. وحكمة هذا الإخضاع، من خصوص وعموم، فإننا نرجىء تعليلنا لما أبديناه - على عجل اقتضاه المقام - من رأى لحين دراستنا لهذا الموضوع .

أما فيما يتعلق بالمعيار الذى يتم بناء عليه تقدير مدى خفاء العيب من عدمه بالنسبة لرب العمل ، فإننا نتفق مع مايذهب إليه غالب الفقه والقضاء المصريين من الاعتداد بمعيار موضوعى فى هذا الخصوص. إلا أننا نرى فى نفس الوقت أن الدوافع والاعتبارات المختلفة التى حدت بالقضاء الفرنسى إلى التسامح فى تطبيق هذا المعيار - بما من شأنه أن يوسع من نطاق تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، فيتحقق بذلك أكبر قدر من الحماية القانونية التى أرادها المشرع

٥٢- راجع فيما سبق من ص ٢٧٢ ص ٢٧٥ .

لرب العمل - لمماثلة بذاتها أمام القضاء المصرى ، تستحثه السير بنفس الخطى ، وفى ذات الاتجاه (٥٣). بل إننا لانغالى القول إذا قلنا : إننا نراه يتمثلها ، وذلك من استعماله فى أحكامه - على ندرتها - لعبارات مرنة طيعة فى هذا الخصوص ، حتى لتكاد توحى بأنه يقترب من المعيار الذاتى أو الشخصى فى تقديره لمدى الخفاء فى العيب كشرط لتطبيق أحكام هذه المسئولية (٥٤).

٥٣- من هذا الرأى : ياقوت : السابق بند ٤٦ ص ١١٣ .

٥٤- راجع أحكام القضاء المصرى المذكورة فى هامش ٤ ص ٨٣٧ فيما سبق.

"المبحث الثانى"

مدى تأثر النطاق الموضوعى لأحكام المسئولية الخاصة بالتعديلات التشريعية التى تمت فى فرنسا

سبق أن أوضحنا فى الفصل السابق كيف أن المشرع الفرنسى قد تدخل بالتعديل فى أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء فى مرتين متتاليتين ، لا يفصل بينهما فاصل زمنى كبير ، فبينما كان التعديل الأول بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ من يناير سنه ١٩٦٧، تم الثانى بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ فى ٤ من يناير سنه ١٩٧٨ . فما مدى أثر كل من القانونين ضيقا واتساعا على النطاق الموضوعى لأحكام هذه المسئولية الخاصة ؟

الإجابة على هذا التساؤل ، هى موضوع هذا المبحث الذى نعالجة فى فرعين مستقلين "بينما نخصص الأول منهما ، لمدى تأثير التعديل التشريعى الأول الذى تم بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر على النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، نجعل الثانى لبيان مدى تأثير الإصلاح التشريعى - على حد تعبير الفقه الفرنسى - الثانى الذى حدث بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ المذكور بعالية ، على سريان هذه الأحكام موضوعيا .

الفرع الأول : القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ ومدى تأثيره موضوعيا على نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة .

الفرع الثانى: الإصلاح التشريعى الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ومدى تأثيره على النطاق الموضوعى لأحكام هذه المسئولية الخاصة .

الفرع الأول

القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ ، ومدى تأثيرة موضوعيا على نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة

تمهيد وتقسيم :

إن البعد الزمنى الذى يفصل بين تاريخ صدورهذا القانون ، وبين تاريخ وضع مجموعة نابليون فى القانون المدنى الفرنسى سنه ١٨٠٤ ، ليعبر أصدق التعبير عن مدى الحاجة للتعديل فى هذه الأحكام ، حتى يساير ركب القانون مركب الحضارة ، بعد أن أسفر التطبيق مع التطور، عن مدى تخلف هذه الأحكام فى ضبط ما جد من حوادث وقصورها عن ملاحقة ما استحدث من صنوف التعامل ،

لذلك صدر هذا القانون ، للوفاء بهذه الغاية ، استجابة للنداءات الفقهية (١) . وتكريسا للتطبيقات القضائية (٢)، التى مهدت له الطريق ، ويسرت لصدوره السبيل .

---

(١) من ذلك على سبيل المثال
مينفيبل : رسالته السابقة، بند ٢٣٠ ص ١٨٩ ، دى باج : حـ ٤ بند ٨٨٣ ، مادلين جيفرس : مقالها السابق ص ١٤٥ ، هنرى مازو :مقاله السابق ، بند ٢٠ ص ٦٥٧ ، مازو (هـ . ل - ج) مطول المسئولية حـ٢ بند ١٠٧٠ - ٢٤ ص ١٣٤ .

٢- من ذلك على سبيل المثال : عرائض ١٩٤١/٣/٢٦ -١ص١٠٠ ، نقض (الدائرة الاجتماعية) فى ١٥ من مايو ١٩٤٢ د. ١٩٤٢ - ١ ص ٢٠ ، نقض (الدائرة الأولى) فى ٤ من يناير ١٩٥٨ J.C.P. ١٩٥٨-٢-١٠٨٠٨ تعليق ستارك د. ١٩٥٨ص٤٥٧ تعليق روديير ، G.P. ١٩٥٨ - ١٦٨ RTDC ١٩٥٨ ص ٢٥٢ تعليق ج مازو، ص ٢٧٢ تعليق كاربونيية ، نقض مدنى (الدائرة الثانية) فى ١٩ من مايو ١٩٥٨ . J.C.P. ١٩٥٨ - ٢ -١٠٨٠٨، تعليق ستارك G.P ١٩٥٨ ص٥٩٠ R.T.D.C ١٩٥٨ ص٦٠٦ تعليق هـ.ل مازو، ص ٦٣٠ تعليق كاربونيية .

ورغم أن هذا القانون قد صدر أساسا لتعدية أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، من نطاق عقد المقاولة إلى نطاق عقد البيع، كي تحكم - كما سبق القول[٣] - صورة جديدة من التعامل، استحدثت أصلا بغية الهروب من هذه الأحكام[٤]. فاستحدث لذلك المادة ١٦٤١/١ مدني، ضمن النصوص المنظمة لأحكام عقد البيع، متضمنة هذه الاحكام.

نقول: رغم أن هذا القانون قد صدر اساسا لذلك، الا ان المادتين الرقميتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ مدنى لم يحرما من بعض التعديلات التى أدخلها عليهما هذا القانون، وكان لها بالغ الأثر فى بسط نطاق تطبيقها موضوعيا على صور من التعامل، أثار خروجها عن نطاق تطبيق هذه الأحكام الكثير من الاعتراضات والمناقشات، كالتعاقد قد بغير طريق الجزاف، يخرج عن نطاق تطبيق المادة ١٧٩٢ مدنى، التى كان تطبيقها يقتضى ضرورة توافر هذا الشرط، أى أن يكون التعاقد قد تم بأجر إجمالى[٥] وكذلك العيوب التى كانت تشوب الأعمال الصغيرة، تخرج عن نطاق المادة ٢٢٧٠ مدنى أيضا، التى كان يلزم لتطبيقها، أن تكون العيوب قد شابت الأعمال الكبيرة فى البناء، أو المنشآ الثابت الآخر[٦].

---

٣ - انظر فيما سبق ص ٤٥٣ وما بعدها

٤ - "Loi n°67, 3 du 3 janv.1967: relative aux ventes d'immeublies à construire ou en cours de construction" J.O. 4 janv.1967.

٥ - راجع فيما سبق، ص ٧٩ وكذا ص ٤٢٥ وما بعدها وانظر فيما يأتى من ص ٨٦٤: ص ٨٦٨

٦ - انظر فيما سبق من ص ٦٤٦: ص ٦٥٩

تمحيص نطاق البحث فى هذا الفرع :

هذا ولما كانت المادة ١٦٤١/١ المستحدثة بهذا القانون ، تخرج عن نطاق بحثنا ، لدخولها ضمن الأحكام المنظمة لعقد البيع ، حين أننا بصدد دراسة أحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول "التى تتضمنها النصوص المنظمة لعقد المقاولة . لذلك فإننا نحيل بشأنها إلى المراجع المتخصصة فى شرح أحكام عقد البيع لا سيما فى المواد العقارية .

كذلك ، لما كان ما أدخله هذا القانون من تعديل على المادة ١٧٩٢ مدنى ، اقتصر - فيما عدا ما يتعلق بالنطاق الشخص الذى سبقت دراسته [٧] - على إلغاء شرط التعاقد بطريق الجزاف الذى كان لازما فيما قبل - طبقا للصياغة الأصلية سنة ١٨٠٤ - لتطبيق أحكام هذه المادة ، وعلى ذلك ، انبسط نطاق تطبيقها ليشمل كل أنواع الصفقات ، التى تبرم فى نطاق عقد المقاولة ، سواء كانت قد تمت جزافا ، أو بسعر الوحدة ، إلى غير ذلك من القوالب التى يمكن أن تصب الصفقة فيها [٨] .

اما فيما يتعلق بتعديله موضوعيا للمادة ٢٢٧٠ مدنى ، فيتمثل فى إضافته الجملة الأخيرة إليها ، والتى تخلص فى أن الأشخاص المذكورين فى بداية المادة يتخلصون من ضمان أعمالهم بعد سنتين بالنسبة للأعمال الصغيرة [٩] . حيث يتفق الشراح هناك على أن

---

٧ - راجع ، فيما سبق ، من ص ٤٥١ : ص ٤٦٢

٨ - بلانكييل : مقاله " مسئولية المهندسين المعماريين والمقاولين منذ قانون ٣ من يناير ١٩٦٧ G.P ١٩٧٣ -٢ ص ٧٢٦ وما بعدها وانظر نص المادة المذكورة بعد تعديلها بالقانون المذكور هـ ٣ ص ١٣٣ . فيما سبق .

٩ - انظر ، فيما سبق ، نص المادة المذكورة بعد تعديلها بالقانون المذكور هـ ٤ ص ٤٥٣ .

المشرع الفرنسى إنما أوجد ، بإضافة هذه الجملة إلى عجز المادة ٢٢٧٠ مدنى ، نوعا جديدا من الضمان يتعلق بالعيوب التى تشوب الأعمال الصغيرة فى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (١٠).

هذا كل ما أحدثه التدخل التشريعى للمشرع الفرنسى ،بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧،من تعديل ، يتعلق بالنطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، وهو ما يشكل محل الدراسة فى هذا الفرع الذى نرى تقسيمه إلى مطلبين مستقلين : بينما نخصص الأول منها لبيان أثر إلغاء شرط الجزاف على امتداد النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، نجعل الثانى لتوضيح مدى ما أحدثه تعديل المادة ٢٢٧٠ مدنى ، من اتساع فى هذا النطاق .

المطلب الأول : أثر الغاء شرط الجزاف على امتداد النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة .

المطلب الثانى : أثر تعديل المادة ٢٢٧٠ مدنى فى اتساع النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة

---

١٠ - انظر فيما يأتى المراجع المشار إليها فى هـ ٥٠ ص ٩٦٨

"المطلب الأول"

أثر إلغاء شرط الجزاف على امتداد النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة

بيان وإحالة :

رأينا فيما سبق كيف أن المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى كانت فى صياغتها الأصلية ١٨٠٤ تقضى بأنه " إذا تلف البناء المشيد بأجر قدر جزافا، تلفا كليا أو جزئيا سواء كان هذا التلف بسبب عيب فى عملية التشيد ، أو حتى بسبب عيب فى الأرض ذاتها، فإن المهندسين المعماريين والمقاولين يكونون مسئولين عن هذا التلف فى خلال عشر سنوات (١) .

وطبقا لهذا النص ، وإعمالا للوصف الذى ألحقه المشرع الفرنسى بالبناء الذى أراد أن يضمنه المهندس المعمارى والمقاول لرب العمل وهو أن يكون بأجر قدر جزافا ، غدا نطاق تطبيق هذا النص قاصرا فقط على البناء الذى يشيد بأجر قدر جزافا ، وليس بأى صورة أخرى من صور تقدير الأجر (٢). كما لو كان الأجر قد قدر على أساس

١- Art. 1792 (C. Civ. 1804) "Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix. ans" civ. 2270.

٢ - وعلى هذا كان إجماع الفقة الفرنسى : كولان وكابيتان : حـ٢ بند ٧١١/ ، جوسران : حـ٢ بند ١٢٩٨ ، ١٣٠٠ بيدان ورودبير : حـ ١٢ بند ٢٠٦ صـ ٢٢٨ ، أو برى ورو : بند ٣٧٤ صـ ٤٠٧ هامش ٢٠، بودرى وقال حـ ٢ بند ٣٩٥٥·هامونيك : المرجع السابق بند ٢٤٤ ص ٧٣ ، ٢٥٥ ص ٧٥ ، مينفييل · بند ٢٦٠ صـ ٢٠٨ ، بلانيول ور يبير ورواست ·حـ١١ بند ٩٤٩صـ ١٩٠-١٩٢:سان موريس :رسالته السابقة صـ٥٣ مقال J. MALHERBE "La responsabilite civile des architectes et des entrepreneurs" LE TOUT LYON et le moniteur judiciaire 31 oct. à 3 nov. 1966.

وانظر من القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص : نقض عرائض فى ١٦ من يوليو ١٨٨٩ د ١٨٩٠ -١ صـ١٨٨، ١٨٨٩ -١ صـ١٧٦ وفى ٢٩ من مارس ١٨٩٣ د· ١٨٩٣ -١ صـ ٢٨٩ ، S ١٨٩٣ - ١ صـ ٤٦٠ ·

وحدة القياس ، أو على أساس فئات الأثمان [٣].

وعلى ذلك كان يخرج عن نطاق تطبيق هذا النص ، أى يخرج عن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان العشرى أو المسئولية العشرية، كل الأبنية التى تشيد بغير طريق الجزاف من طرق تحديد الأجر المتعارف عليها بين أرباب المهنة ، بحيث يكون المهندسون المعماريون والمقاولون غير مسئولين ، طبقا لما تقضى به هذه المادة ، عما يحدث بهذه الأبنية ، التى تشيد بغير طريق الجزاف ، من تلف كلى أو جزئى ناشىء عن خطأ فى عملية التشييد ، أو حتى عن عيب فى الأرض ذاتها ، وإنما تكون مسئوليتهم فى هذه الحالة ، طبقا للقواعد العامة فى المسئولية من عقدية وتقصيرية على حسب الأحوال [٤].

---

٣ - انظر فى الصور المختلفة لتحديد الأجر فى عقد المقاولة بواسطة المتعاقدين ٠شنب : المرجع السابق بند ٥٤ ، ٥٥ ص٦٥ : ٦٧٠ السنهورى : الوسيط ح٧ بند ١٦ ص ٤٠ : ٤٣ ٠

٤ - انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى الهامش الاسبق ، وفى نفس مواضع الإشارة بها كل من هامونيك : المرجع السابق ٠بند ٢٤٦ ص ٧٣ وبند ٢٥٥ ص ٧٥ ، و S. DAVID CONSTANT , مقاله السابق ٠ بند ٨ ص ١٦٧ J. BORRICAND مقال : "Obsérvations sur le marché à forfait" د٠ ١٩٦٥ ص ١٠٥ وما بعدها٠وانظر فى القضاء الفرنسى : نقض عرائض ١٨٦٣/٦/١٥د ٠ ١٨٦٣ -١ ص ٤٢١ ، S. ١٨٦٣-١ ص ٣٦٢ ، وفى ١٨٧٣/١١/٢٦ د٠ ١٨٧٥-١ ص ٣٠ ، وفى ١٩٣٥/٧/١٥ S. ٠ ١٩٣٥ -١ ص ٣٤٣ ، نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٤/١١/٣٠ G.P. ١٩٦٥-١ ص ١١٤ ، ١٩٦٦ بند ٤١ص ٢٣٢ تعليق : مونتميرله ، س. ر. فى ١٩٣١/١١/٢٧ Rec. Rennes ١٩٣٢ ص ١٨٩ ٠

واستجابة من المشرع الفرنسى للانتقادات التى وجهت لهـذا الشرط - وهو شرط التعاقد بطريق الجزاف - من الفقة الفرنسى (٥) ، فقد استغل أول تدخل تشريعى له بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧، وألغى هذا الشرط من نص المادة ١٧٩٢ سالفة الذكر ، حيث أصبح نصها بعد التعديل بالقانون المذكور " إذا تلف البناء كليا أو جزئيا بسبب عيب فى عملية التشييد أو حتى بسبب عيب فى الأرض ذاتها فإن المهندسين المعماريين والمقاولين و .... يكونون مسئولين عن ذلك فى خلال مدة عشر سنوات (٦) "

وعلى ذلك فمقتضى هذا النص الجديد ، أن يدخل فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان العشرى أو المسئولية العشرية كل الأبنية التى يقوم بتشييدها المهندسون المعماريون والمقاولون

---

٥ - من ذلك على سبيل المثال : نيجر : رسالته السابقة . بند ٢٣ ص ٥٢ وما بعدها ، سان موريس : رسالته السابقة : ص ٥٤، ٥٥ ليث - قو : تقرير عن المسئوليات العشرية والثنائية مقدم ل." G.P. "Journées d'études de Grenoble ١٩٦٠ ص ١٤ لا سيما ص ١٥ وما بعدها .

٦ - Art. 1792 (Loi 67-3 du janv. 1967) "Si l'édifice périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes, entrepreneurs et autres personnes......en sont responsables pendant dix ans"

وغيرهم ممن يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة (إجارة عمل) لا فـرق فى ذلك بين مبـان تم تشييدها بطريق التعاقد جزافا ، أو بأية طريقة أخرى من طرق تحديد الأجر المتعارف عليها بين رجال الفن(٧).

هذا هو ما أسهم به التدخل التشريعى الأول للمشرع الفرنسى ، بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ فى ٣ من يناير ١٩٦٧ ، وتعديله لنص المادة ١٧٩٢ من المجموعة المدنية الفرنسية ، بحذف شرط الجزاف منها على النحو الذى رأينا حالا ، من اتساع فعلى وحقيقى فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان العشرى أو المسئولية العشرية، تمثل فى التوسع فى دائرة الأعمال التى تشكل محل سريان هذه الأحكام.

---

٧ - انظر فى بيان ذلك تفصيلا : بوبلى : مرجعه السابق ط ١، ١٩٧١ بنود من ١٠٥ صـ ٦٦ : ١١٥ صـ ٧٢ ، ليت - ڤو : مرجعه السابق. ط ٣ ١٩٧٤ صـ ٣٠٢ ، سانت ألارى : المرجع السابق صـ ٥٩٩ وما بعدها ومقاله السابق . بند ٧٥ ، ليت - ڤو : تقريره السابق ، سالف الإشارة بالهامش الأسبق - صـ ١٥ ، ١٦ ، باديس : تقريره عن " La construction-ses responsabilités " مقدم لـ : "Journées d'études des 17-18 janv. 1969 à Grenable" G.P. ١٩٦٩ -١ صـ ١٩٣ وما بعدها بنود ٢٤ ، ٢٥ صـ ١٩٥ . فوسيرو : مقالها السابق صـ ١٥ ، سانت شماسى : مقال : "La loi du 3 janv. 1967 à-t-elle aggravé la responsabilité de l'architectes" G.P. ١٩٦٩ -١ صـ ٢٢٢ وما بعدها، بلانكييل : مقاله السابق، G.P. ١٩٧٣ -٢ صـ ٧٢٦ وما بعدها ، بوبلى : مقاله السابق "Le point.. ..." J.C.P. ١٩٧٥ -٢- ٢٧٢١بند١٨ A.PERRET-GAYET مقال:- "De la fausse notion de présomption en maitère de responsabilite d'architecte" G.P.1975-2 P.674 et.s.

ليت.ڤو : مقال: "La présomption de responsabilité déc-ennale VRAI ou FAUX? G.P. ١٩٧٥ -٢ صـ ٧٢٦ .

ومما تجدر الإشارة إليه ، أن التقنين المدنى المصرى قد خلا من ذكر لمثل هذا الشرط ، لا فى المادة ٥٠٠/٤٠٩ من القانون المدنى السابق ، ولا فى المادة ٦٥١ من القانون المدنى الحالى (٨) . ولا شك أن مشرعنا المصرى - القديم والحديث - وقد أغفل مثل هذا الشرط ، قد استجاب للانتقادات التى وجهت من الفقة الفرنسى ، والتى سبقت الإشارة إليها ، لشرط ضرورة التعاقد بطريق الجزاف لإعمال أحكام الضمان العشرى . فغدا قانوننا المدنى - قديمه وحديثه - بذلك أكثر تقدما فى هذا الخصوص من القانون المدنى الفرنسى فى صياغته الأصلية ١٨٠٤ ، وقد كان لا بد من ذلك ، فعامل الزمن يحتمه .

فيما عدا ما ذكرنا من أثر للتدخل التشريعى الأول للمشرع الفرنسى ، فى التوسع فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان العشرى . نحيل بصدد باقى عناصر دراسة هذا النطاق إلى ما سبق من دراسة فى المبحث الأول من هذا الفصل المتعلق بالنطاق الموضوعى التقليدى لتطبيق أحكام هذا الضمان ، حيث لم يات القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر ، بتغيير موضوعى - فيما عدا ما ذكرنا فى هذه الأحكام يستحق العرض .

---

٨ - راجع فى ذلك ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الجديد جـ ٥ صـ ١٩ : ٢٤ .

"المطلب الثانى "

أثر تعديل المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى فى اتساع النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة

بيان وإحالة :

أشرنا فى بداية هذا الفرع إلى أن المشرع الفرنسى قد عدل أيضا موضوعيا بتدخله التشريعى الأول ، الذى اجراه بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر فى أحكام المادة ٢٢٧٠ مدنى ، ذلك بان أضاف إلى نهايتها جملة ، منتهاها، أن الأشخاص المذكورين فى بداية هذه المادة يتخلصون من ضمان أعمالهم - سواء تلك التى شيدوها بأنفسهم أو أدواو عملية تشييدها - بعد سنتين بالنسبة للأعمال الصغيرة (١).

وأشرنا كذلك إلى أن الشراح متفقون هناك على أن المشرع الفرنسى قد استحدث تشريعيا ، بإضافته لهذه الجملة إلى نهاية تلك المادة ، ضمانا جديدا ، يجد موضوعه فى العيوب أو الأضرار التى تلحق بالأعمال الصغيرة فى البناء أو غيره من المنشآت الثابتة الأخرى (٢) . بمعنى إضافة هذه الأعمال الصغيرة التى غدت تشكل نطاق تطبيق هذا الضمان المستحدث ، إلى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة .

هذا ولما كانت المنهجية فى البحث قد اقتضتنا أن نخص الباب الثالث من هذه الدراسة لدراسة الضمانات المستحدثة على الساحة القانونية الفرنسية ، بمقتضى التدخلين التشريعيين سالفى الذكر، فى نطاق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، تلك الضمانات التى انفرد بها حديثا النظام القانونى الفرنسى عن نظامنا القانونى المصرى . لذلك فإننا نحيل بهذا المطلب إلى ذلك الباب تجنبا للتكرار، ومنعا للإطالة من غير مبرر .

---

١ - انظر فيما سبق ص ١٣٤ هامش ٧ بها .

٢ - انظر فيما سبق ص ٨٦٣ وانظر ايضا المراجع فيما يا تى المراجع المشار إليها بهامش ٥٠ ص ٩٦٨

"الفرع الثانى"

القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ (١) ومدى تأثيره موضوعيا على نطاق تطبيق أحكام المسئولية الخاصة

تمهيد وتقسيم :

أشرنا فيما سبق (١)مكرر إلى أن الفقة الفرنسى يطلق على هذا القانون " الإصلاح الشامل للمسئولية والتأمين فى مجال التشييد والبناء " لما تضمنه هذا القانون من تعديل شامل فى أحكام هذه المسئولية ، والتأمين الإجبارى ضدها وضد الأضرار الناجمة عن العيوب المفضية إليها ، وكذلك ، استحداثه لنظام الرقابة الفنية على أعمال البناء والتشييد(٢) ، ويكفى دلالة على ذلك - وفيما يتعلق بالمسئولية فقط - أن نشير إلى أن المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ، قد فصلت أحكامها فى هذا القانون بالتعديل والإضافة بمقتضى المادتين الأولى والثانية من هذا القانون إلى أن غدت متفرعة ، فيما عداها ، إلى ست مواد ، تعالج مسائل شتى فى مجال هذه المسئولية الخاصة بل وإن سمات التعديل لتبدو حتى فى مجال اللغة القانونية والمصطلحات الفنية التى استعملها المشرع فى مواد هذا القانون مما يتضح من مجرد وضع النصوص الحديثة إلى جانب النصوص القديمة ، والمقابلة فيما بينها .

---

١ - انظر فى تاريخ سريان هذا القانون . ليت - ڤو: مقالة بعنوان:
"Deux régimes parallels de responsabilité des constructeurs" G.P.1979, 1, p.149 et s.

١ - مكرر- انظر،فيما سبق،ص ٤٦٤ وما بعدها .

٢ - انظر،فيما سبق،من ص ٤٦٩ : ص ٤٨٠ : بمناسبة دراستنا للنطاق الشخصى لأحكام هذه المسئولية .

ولما كنا بصدد الحديث عن أثر هذا التعديل أو الاصلاح التشريعى على النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة.فإننا سوف نقتصر فى عرضنا لهذه النصوص المستحدثة بما يدخل منها فى نطاق هذا الغرض ويخدم تبيانه .

تقضى المادة الأولى من هذا القانون بأن "تستبدل المادة ١٧٩٢ من المجموعة المدنية بالأحكام الآتية (٣) :

م١٧٩٢ : " كل معمارى يشيد عملا ، يكون مسئولا بقوة القانون ، فى مواجهة رب العمل ، أو من يتلقى ملكيته، عن الأضرار ، حتى تلك التى تكون ناتجة بسبب عيب فى الأرض ذاتها ، التى تعرض للخطر متانة هذا العمل وسلامته ، أو تلك التى ، عن طريق تأثيرها فى أحد العناصر التكوينية فيه أو التجهيزية به ، تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله ....(٤) "

---

٣ - دون تغيير فى رقم المادة بالنسبة لهذه المجموعة .

٤ - Article premier (L.. 78-12 du 4 janv. 1978)-L'article 1972 de code civil est remplacé par les dispositions suivantes "

"Art. 1792-Tout constructeurs d'un ouvrage est responsable de plein droit, envèrs le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol. compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui,l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ces éléments' d'équipement, le rendent impropre à sa distination...."

كما تقضى المادة الثانية من ذات القانون على أن " تضاف بعد المادة ١٧٩٢ من المجموعة المدنية ، ست مواد هى :١٧٩٢-١[٥]، ١٧٩٢-٢ ، ١٧٩٢-٣، ١٧٩٢-٤ ،[٦] ١٧٩٢-٥[٧] ، ١٧٩٢-٦[٨] وهذه نصوصها :

م: ١٧٩٢-٢ " قرينة المسئولية ، المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ السابقة ، تمتد أيضا لتشمل الأضرار التى تؤثر فى متانة عناصر التجهيز بالمبنى " Bâtiment " ولكن فقط بالنسبة لما يشكل منها جسما غير قابل للانفصال مع أعمال المنافع العامة viabilité أو الأساس " de fondation " أو هيكل البناء " d'ossature " أو سياجه (السور) " de clos " أو مظلته

---

٥ - انظر، فيما سبق، من ص ٤٦٣ : ص ٤٩٨ بمناسبه دراسة النطاق الشخصى لأحكام هذه المسئولية .

٦ - انظر، فيما سبق، من ص ٤٩٩ : ص ٥٣٧ بمناسبة دراسة مسئولية الصانع والموزع والمستورد ضمن النطاق الشخصى أيضا .

٧ - انظر، فيما سبق، من ص ٣٠٦ : ص ٣٣٧ بمناسبه دراستنا لمدى تعلق أحكام هذه المسئولية بالنظام العام .

٨ - بالنسبة للفقرة الأولى منها الخاصة بتسلم الأعمال . انظر، فيما سبق، من ص ١٣٧ : ص ٢٧٨ . أما بالنسبة للفقرة الثانية الخاصة بضمان تمام الانجاز garantie de parfait achèvement انظر من ص ١٠٢٠ : ص ١٠٩٥، فيما بعد .

ويعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسما غير قابل للانفصال مع الأعمال المذكورة بالفقرة السابقة ، عندما لا يمكن أن يتم نقله او فصله أو استبداله ، دون ان يصاب العمل بتلف[٩] " م ١٧٩٢-٣ " أما بقية عناصر التجهيز الأخرى بالمبنى " bâtiment " فتشكل موضوعا لضمان حسن التوظيف" La garantie de bon fonctionnement " بحد أدنى لمدة سنتين اعتبارا من تاريخ تسليم العمل[١٠] "

م١٧٩٢-٤ " الصانع لعمل، أو اجزء من عمل، أو لعنصر تجهيزى له ..... يكون مسئولا بالتضامن عن الالتزامات التى تقررها المواد ١٧٩٢ ، ١٧٩٢-٢ ، ١٧٩٢-٣ على عاتق مؤجر العمل الذى قام بوضع هذه الأعمال فى مكانها ...... (١١) "

---

٩ - Art. 1792-2- La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solodoté des éléments d'équipement d'un bâtiment, mais seulement lors que ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de vitabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

"Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages mentionnés à l'alinéa précédent lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer une détérioration ou enlèvement de cet ouvrage"

(١٠) Art. 1792-3- Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionrement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage"

(١١) Art. 1792-4- "le fabricant d'un ouvrage, d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement .... est solidairement responsable des obligation mises par les art. 1792, 1792-2, 1792-3 à la charge du locateur, d'ouvrage, qui a mise en oeuvre, ... l'ouvrage, la partie d'ouvrage ou élément d'équipement considéré...."

م ١٧٩٢ -٦ فقرة ثانية " ضمان تمام الانجاز الذى يكون المقاول خاضعا له لمدة سنه اعتبارا من تاريخ التسلم " يشمل إصلاح كل العيوب " Les desordres " التى يعينها رب العمل سواء، كان ذلك، عن طريق تحفظات يذكرها بمحضر التسليم والتسلم ، أو عن طريق إخطار مكتوب بالنسبة لتلك التى تنكشف بعد التسلم .

" المدد اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح تحدد بمقتضى اتفاق يتم بين رب العمل والمقاول المختص بهذا العمل .

" وفى حالة عدم وجود هذا الاتفاق ، أو فى حالة عدم التنفيذ فى المدة المحددة ، فإن تنفيذ أعمال الإصلاح هذه يمكن - وبعد ان يصبح الإنذار غير منتج - أن يتم على نفقة المقاول المقصر وعلى مسئوليتة.

"تنفيذ الأعمال المقتضاة إعمالا لضمان تمام الإنجاز يثبت بواسطة الاتفاق ، أو بواسطة القضاء عند تعذر ذلك .

هذا الضمان لا يشمل الأعمال الضرورية اللازمة لعلاج الآثار الناجمة عن الاستهلاك العادى او الاستعمال المألوف(١٢) "

١٢- Art. 1792-6-,ali 2:"La garantie de parfait achevement à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à comper de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit ou moyen de reséryes montionnées au procés-verbale de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révèlés postérieurement à la réception.

"Les délais nécessaires à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné.

"En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexécution dans le délai fixé, les travaux peuvent, aprés mise en demeure restée infructeuse, étre exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur défaillant.

"L'exécution des travaux exiges au titre de la garantie de parfait achevement est constatée d'un commun accord, ou a défaut, judiciairement.

"La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usure normale ou de l'usage"

وأول ما يلاحظ من عرض هذه النصوص ، المعدل منها والمستحدث، هو اختفاء معيار التمييز بين نطاق تطبيق الضمان العشرى، ونطاق تطبيق الضمان الثنائى ، ذلك المعيار الذى كان يعتمد على أهمية الأعمال وقيمتها : فالأعمال الكبيرة كانت تشكل نطاقا موضوعيا لتطبيق أحكام الضمان العشرى ، فى حين أن الأعمال الصغيرة هى ما كانت تشكل النطاق الموضوعى للضمان الثنائى المستحدث بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ كما سبق البيان [١٣].

وسنرى عند دراستنا للنطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان الثنائى المذكور[١٤]، كيف كان معيار التمييز بين الأعمال الكبيرة والأعمال الصغيرة معيارا غامضا وغير واضح المعالم ، وكيف كانت تختلف أحكام القضاء أحيانا فيما تعتبره من هذه أو تلك من الأعمال [١٥]. لذلك هجر المشرع الفرنسى هذا المعيار القائم على أهمية الأعمال كمعيار يفصل به بين نطاق تطبيق أحكام الضمان العشرى ونطاق تطبيق أحكام الضمان الثنائى[١٦] .

١٣- انظر، فيما سبق ، صـ ٨٦٣ وما بعدها وانظر، فيما يأتى، من صـ ٩٣٦: صـ ٩٤٨ .

١٤- انظر فيما بعد ، صـ ٩٨٣ .

١٥- انظر الهامش السابق

١٦- مالنفووجستاز : المقال السابق ، بند ٢٥ ، كاستون : المرجع السابق ، بند ٤٧٦ صـ ٢٢٢ ، وانظر فى نقد هذا المعيار ، وبأنه غير منطقى وفيه شذوذ واضح وخروج عن القياس وأنه يصطدم بمقتضيات التدخل الصناعى الحديث والمتزايد فى مجال التشييد والبناء ، تقرير سبينيتا المذكور صـ ٣٢ - أشار إليه، ايضا ، جالشيه ، مقاله المذكور ، صـ ٥١ عمود ٢ ، وانظر أيضا فى نفس المعنى بلانكيل ، مقاله السابق"... ..... "Réflexions صـ ٥٨٧ عمود ١ .

وإذا كان المشرع الفرنسى قد هجر هذا المعيار الذى يستند ، فى تمييزه بين نطاق كل من هذين الضمانين ، إلى أهمية الأعمال فإنه قد اعتمد معيارا آخر غيره ، يستند إلى أهمية الوظيفة التى يؤديها العنصر فى العمل المراد إنشاؤه ، فإذا كان العنصر يشارك فى الوظيفة التشييدية فى العمل، أى يدخل فى تكوين العمل المشيد ذاته وتركيبه ، عد عنصرا تكوينيا ، ودخل بالتالى فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان العشرى . أما إذا كان العنصر يؤدى فى العمل وظيفة تجهيزية ، بأن يجهز أو يساعد فى التجهيز لإقامته أو لأداء وظيفته ، عد عنصرا تجهيزيا ، وسرت عليه من ثم أحكام الضمان الثنائى (١٧)، وبعبارة أخرى بعد أن كان معيار التمييز هو اهمية الاعمال أصبح بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ هو أهمية الأضرار (١٨).

---

١٧ - انظر فى ذلك : تقرير سبينيتا المذكور صـ ٣١ ، مالنفوحستار المقال المذكور بند ٣٦ ، كاستون : المقال السابق صـ ١٠٤ وما بعدها ، المرجع السابق : بند ٤٧٦ صـ ٢٢٢ ، بويلى : المقال السابق بند ٢٢ صـ ٧ . وانظر فى نقد هذا المعيار وفى انه أكثر تعقيدا من سابقة . جالشية : الهامش السابق كوستا : المقال السابق ، صـ ٦٧ عمودا بويلى : المقال المذكور . بند ٣٣ صـ ٩ ، جروسليير : مقال "La réforme: de la responsabilité en matière de la construction" Dr. et vi. 1977 N° 7 P. 10 et s.

وانظر فى مدح هذا المعيار الجديد، وبأنه اكثر تحديد من السابق لانكييل ، مقاله السابق ص ٥٨٧ عمود ١، وانظر ايضا فى نفس هذا المعنى : كلود لومبوا فى مقاله بعنوان:

"Responsabilité et assurance de la construction" G.P. 1980, 1 P. 323 col. 2.

١٨- كاستون: المقال السابق ص ١٠٤ والمرجع السابق بند ٤٧٩، ص ٢٢٣.

وإذا كان المشرع الفرنسى قد اعتمد هذا المعيار الوظيفى ، للتمييز بين نطاق كل من الضمانين ، وإذا كان قد التزمه تماما فيما يتعلق بالعناصر التكوينية ، إذ جعل منها دائما مجالا لتطبيق أحكام الضمان العشرى ، إلا أنه لم يلتزمه بذات الدقة والثبات ، فيما يتعلق بالعناصر التجهيزية ، بل استعمله استعمالا مرنا ، لصالح الضمان العشرى [19]، ذلك أنه أخضع بعضا من هذه العناصر ـ على خلاف القاعدة وبشروط معينة كما سيأتى بيانه بعد قليل ـ لأحكام الضمان العشرى ، لا سيما إذا كانت هذه العناصر تشكل جسما غير قابل للانفصال مع بعض الأعمال ، أو الأجزاء من الأعمال فى العقار (م ١٧٩٢ -٢/١)[20] .

وإذا كانت هذه النصوص ـ كما اتضح من عرضها ـ تتحدث عن ثلاثة أنواع من الضمان ، أو المسئولية [21] :

---

١٩ ـ مما حدا ببعض الفقة الفرنسى أن يقرر أن القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ ، قد كرس "امبريالية" أو سيطرة الضمان العشرى على حساب الثنائى، ومن ذلك على سبيل المثال :بوبلى : المقال السابق بند ٢٢ صـ ٧ .

٢٠ ـ مالنقووجستاز : المقال السابق . بند ٢٤ ، مودرن : المقال السابق M.T.Eg عدد ١٩٧٨/٦/٢٦ صـ٣٦٠، كاريلا :المرجع السابق فصل I صـ٢٥

٢١ ـ يلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يميز فى الاستعمال بين لفظ المسئولية ولفظ الضمان ، بل يستعملها كمترادفين . انظر المواد من ١٧٩٢ : ١٧٩٢ ـ٦ مدنى والمادة ٢٢٧٠ مدنى أيضا ، ومع ذلك فإن بعض الشراح يحاول أن يقصر لفظ المسئولية على ما مدته عشر سنوات ، فى حين يجعل لفظ الضمان ، لما مدته سنتان وسنة انظر من هذا الرأى . جروسليير : مقاله السابق "La réforme.." بنود ٤ ، ٥ صـ ١١ ، بند ١٣ صـ ١٧ .

أولهـــا : ذلك المنصوص علية بالمادتين ١٧٩٢ مدنى معدلة ، ١٧٩٢ - ٢ مدنى مستحدثة ، ومدتة عشر سنوات [٢٢] ، وثانيها : هو الذى تنص علية المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى مستحدثة ، ومدتة - بحد أدنى سنتـــان أما الثالث والأخير منها ، فهو ما تنص عليه الفقرة الثانية مـــن المادة ١٧٩٢ -٦ وما بعدها ، مدنى مستحدثة، ومدته سنة واحدة .

ولما كان الضمانان الثانى والثالث من هذه الضمانات الثلاثة ، هما من الضمانات المستحدثة بالتعديلين التشريعيين للمادتيـــن ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ، اللذين أجراهما المشرع الفرنسى بتدخليه التشريعيين المتتاليين سالفى الذكر . ولما كانت منهجية البحـــث قد اقتضت منا أن نفرد لهذه الضمانات المستحدثة الباب الثالـــث من هذه الدراسة ، لذلك فإننا نرجىء الآن دراسة هذين الضمانيـــن حتى تتم دراستهما ضمن الباب المذكور .

وعلى ذلك فإننا نخص هذا الفرع بدراسة مدى تأثيـــر الإصـــلاح التشريعى الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكـــر علـــى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان العشرى أو المسئولية العشرية .

ولقد أشرنا حالا إلى أن هذا الضمان ، قد اختصت ببيان أحكـــام نطاقه الموضوعى المادتان ١٧٩٢ ، ١٧٩٢ -٢ سالفى الذكر ، وأول ما يلاحظ بالنسبة لهذا النطاق [٢٣] ، عند مقارنة هذين النصين المعـدل منهما والمستحدث ، بنص المادة ١٧٩٢ مدنى قبل تعديلها بهـــذا القانون ، هو استعمال المشرع الفرنسى لمصطلحات قانونية حديثـــة غير تلك التى كان قد استعملها عند تعديله لنص المادة ١٧٩٢ مدنـــى

---

٢٢ - راجع ،فيما بعد، المادة ٢٢٧٠ مدنى معدلة بذات القانـــون هامش ٩ صـــ ٩٨٤ .

٢٣ - راجع بالنسبة لأثر هذا التعديل على النطاق الشخصى لأحكام هذه المسئولية . من صـ ٤٦٣ : صـ ٥٥٤ فيما سبق .

بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ ، هذه المصطلحات هي : استعمال لكلمة " ouvrage "(٢٤) بدلا من كلمة " édifice " واستعماله لكلمة " dommages " بدلا من عبارة "périt en tout ou en partie par le vice de la construction".

وكذلك استخدامه للالفاظ التي درج الفقه والقضاء على استعمالها في ظل النص السابق من ذلك (٢٥) " وعبارة "qui compromettent la solidité de l'ouvrage (٢٦) وأخيرا rendent impropre à sa destination" استعماله لبعض المصطلحات التي جاءت بتقرير سبينيتا (٢٧) - سابق الإشارة - من ذلك أيضا " éléments constitutifs " وأيضا "éléments d'équipements "éléments d'équipement d'un bâtiment qui font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, le fondation, d'ossature, de clos ou de couvert"

ولاشك أن هذا التحديث في اللغة القانونية ، إنما يتمشى مع التطور الحديث في مجال التشييد والبناء ، ويعكس في نفس الوقت أثرا ملحوظا على النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان العشري (٢٨). نعرض له بالبيان في هذا الفرع ، مع الإحالة ، فيما عدا ما استحدث بهذا القانون ، إلى ما سبقت دراسته في هذا الفصل منعا من التكرار ، على أن نلتزم في دراستنا لهذا الفرع بذات

---

٢٤ - وأيضا استعماله لعبارة " Partie d'ouvrage " (م ١٧٩٢-٤) راجع، فيما سبق، نص هذه المادة هـ ٢٦ صـ ٤٦٦ .

٢٥ - راجع، فيما سبق، من صـ ٨٠٠ : صـ ٨١٥ .

٢٦ - انظر، فيما سبق، من صـ ٨٢٠ : صـ ٨٣٣ .

٢٧ - في مواضع متفرقة منه . على سبيل المثال :ص ٢٠ ،ص ٢٢، صـ ٣١ : صـ ٣٤ .

٢٨ - انظر في هذا المعنى . شكري سرور: المرجع السابق بند ١٩٢، ١٩٣ ص ٢١٨ ومابعدها

الذى سرنا عليه عند دراستنا للنطاق الموضوعى التقليدى لهذا الضمان[٢٩] ، حتى تسهل المقارنة بين عناصر هذا النطاق ، فى كل من النظامين الملغى والحالى ، فنقف بذلك على مدى ما استحدثه المشرع الفرنسى بإصلاحه التشريعى هذا ، من توسع فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذا الضمان ، على أن يكون ذلك فى مطلبين مستقلين ؛ نخصص الأول منهما ، للأعمال التى تشكل محل سريان أحكام الضمان أو المسئولية العشرية ، وفى الثانى ، نعرض لبيان الأضرار التى يشكل تحققها سبب تطبيق هذه الأحكام ، ثم مطلب ثالث وأخير نبين تقديرنا لمدى تأثير القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ على النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية أو الضمان العشرى ثم مقارنة هذا النطاق الموضوعى فى ثوبه الجديد فى فرنسا بمثيله فى مصر .

المطلب الأول : الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام الضمان العشرى ، طبقا لقانون ٤ من يناير سنه ١٩٧٨ .

المطلب الثانى : الأضرار التى يشكل تحققها سبب تطبيق أحكام الضمان العشرى طبقا لقانون ٤ من يناير سنه ١٩٧٨ .

المطلب الثالث : تقديرنا لمدى تأثير القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ على النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية أو الضمان العشرى ، ثم مقارنة هذا النطاق الموضوعى فى ثوبه الجديد فى فرنسا ، بمثيله فى مصر .

---

٢٩ - راجع ، فيما سبق ، منهج بحث المبحث السابق صـ ٦٤٨ .

المطلب الأول : الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام الضمان العشرى طبقا لقانون ٤ من يناير سنة ١٩٧٨

كانت المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى ، قبل تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ فى ٤ من يناير سنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، تتكلم فقط عن تهدم البناء كليا أو جزئيا [١] ، فى حين كانت المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ، وقبل تعديلها ، أيضا ، بالقانون المذكور ، تقضى بتخلص المعماريين من ضمان الأعمال الكبيرة " gros ouvrage " [٢] بعد عشر سنوات ، ومن ضمان الأعمال الصغيرة [٣] " menus ouvrages " بعد سنتين ، وذلك من تاريخ التسلم فى كل من الحالين .

وقد أشرنا إلى أن المشرع الفرنسى ، بتدخله بهذا الإصلاح التشريعى الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ المذكور ، قد استبدل كلمة " édefice " [٤] بكلمة " ouvrage " مطلقة دون قيد أو وصف [٥] . وحذف من المادة ٢٢٧٠ مدنى عبارتى ، الأعمال الكبيرة " gros ouvrages " والأعمال الصغيرة " menus ouvrages " مستغنيا عن العبارة الأولى بالإحالة إلى المادتين ١٧٩٢، ١٧٩٢-٢ مدنى، وعن العبارة الثانية بالإحالة إلى المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى [٦] .

١- راجع ، فيما سبق ، من ص ٦٩٦ : ص ٧٠٣

٢- راجع ، فيما سبق ، ص ٦٤٦ ومابعدها

٣- راجع ، فيما سبق ، ص ٨٦٩

٤- التى ظلت المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى محتفظة بها منذ وضع المجموعة المدنية فى ١٨٠٤ وحتى تاريخ العمل بهذا القانون ، رغم التعديل الأول الذى تم بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ والذى سبقت دراسته فى الفرع السابق.

٥- مالنفووجستار : المقال السابق بند ٢٥ .

٦- مالنفو وجستار : الهامش السابق ، ميشيل بيبسى : مقال :-
"la réforme de la resoponsabilité des construteurs aux termes de la loi du 4 janvier 1978" Administrer, juin, 1979 p.11.

فما المقصود إذن بكلمة " ouvrage " التى أتى بها المشرع الفرنسى فى إصلاحه الجديد لأحكام هذه المسئولية ؟ وما مدى مـــا أحدثه اختياره لهذا اللفظ من البسط لمحل سريان هذه الأحكـــام ؟ وكلمة " ouvrage " استعملها المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ مدنى التى نصت على أن:

"Tout constructeur d'un ouvrage est responsable"

وكذلك فى المادة ١٧٩٢ -٢ مدنى ، التى نصت على امتداد قرينـــة المسئولية المنصـــوص عليها بالمـــادة ١٧٩٢ إلـــى :-

"aux dommages qui affecrent la solidité des éléments d'équipement d'un bâtiment....qui font indissociablement corps avec les ouvrages de ...."

كما استعملها أكثر من مرة فى المادة ١٧٩٢ - ٤ بفقرتيها (٧) .

والقانون الجديد رغم استعماله لهذه الكلمة بهذه الكثـــرة . إلا أنه لم يعط أى تعريف لها يحدد مضمونها ، أو يوضح مدلولهـــا . لكن المعنى الاشتقاقى لها : هو كل ما تعملة يد الإنسان (٨) . بالمقابلة للمواد الخام ، أو المواد الطبيعية ، التى لم يدخلهـــا أى قدر من الإعداد (٩) . أو هو كل ما يحققة الإنسان من عمـــل ، ماديا كان هذا العمل أو عقليا (١٠) . والمقصود بها هنا إذن ، هو كل عمل يقوم به المعماريون فى مجال التشييد والبناء .

٧- راجع فيما سبق نص المادة هامش ٢٦ صـ ٤٦٦ .

٨- فابيان ميليه : Fabienne MILLET "La notion du bâtiment au sens de la loi du 4 janv. 1978" Memoire ParisII, 1982 p. 10

٩- بيجو : المرجع السابق : ص ٨١ ، كاريلا : المرجع السابق فصل I صـ ٢٦ .

١٠- بيجو: الهامش السابق . الذى يرى أن يقتصر على العمل ذى الطابع العقارى فقط دون غيره . كاريلا : الهامش السابق . وانظر ايضا كلود لومبوا : مقالة السابق - صـ ٣٢٣ عمود ١ .

والمشرع الفرنسى استعمل كلمه " ouvrage " هنا للدولة على معنيين [١١] :

الأول : للدلالة على العقار فى مجموعه - باعتباره عملا - بما فى ذلك العناصر التكوينية فيه " Les élément constitutifs " والعناصر التجهيزية به :" Les éléments d'équipement " سواء كان هذا العقار بناء بالمعنى الفنى لهذه الكلمة ، أو غير ذلك من المنشآت العقارية الأخرى ، وهذا المعنى ، هو ما نص عليه المشرع الفرنسى بالمادة ١٧٩٢ مدنى [١٢] .

الثانى : للدلالة على جزء أو قسم فقط من العقار المشيد ، وهو ما نصت علية المادة ١٧٩٢ -٢ فى الفقرة الأولى منها ، حيث تحدثت عن أعمال : "Les ouvrages de viabilité, de fondation d'ossature, de clos. ou de couvert" [١٣]

ولقد هدف المشرع الفرنسى من استعماله للفظ " ouvrage " للدلالة على العقار فى مجموعه ، بدلا من كلمة " édifice " إلى القضاء على ما ثار من خلافات بشأن تفسير هذه الكلمة الأخيرة ، وعما إذا كان المقصود بها فعلا البناء فى مفهومه الفنى أو الضيق فقط ، ودون غيره من المنشآت العقارية الأخرى ، أم كل ما يبنى ويشيد على سطح الأرض ، متصلا بها إتصال قرار ، ولو لم يكن بناء بالمعنى الحرفى لمفهوم هذه الكلمة .

١١- كاريلا : الهامش السابق - فابيان ميليه : المرجع السابق ص١٢، ١٣

١٢- مالنفووجستاز : المقال السابق . بند ٢٥ ، المرجع السابق بند ١٣٦ ص١٦٠ وما بعدها ، بوبلى : المقال السابق بند ٢٨ ص ٨ ، كاريلا : الهامش السابق ،

١٣- وكذلك هو ما نصت علية المادة ١٧٩٢ -٤ ، حيث أضافتها أيضا إلى كلمة " partie " للدلالة على الجزء من العمل partie d'ouvrage الذى ينفذه الصانع فى مصنعه طبقا لمقتضيات ومواصفات معينة ثم يورده إلى المقاول أو رب العمل لتركيبه فى مكانه من العمل (انظر/فيما سبق/ص ٤٩٩ : ص ٥٣٧) وانظر أيضا مالنفووجستاز الهامش السابق .بوبلى :مقاله السابق بند ٢٨ ص٨ ، كاريلا :الهامش السابق

وكذلك قضى بالإحالة التى أجراها فى المادة ٢٢٧٠ على المادة ١٧٩٢ ، على الخلاف الذى كان قد ثار فى الفقه ، وكذلك فى بعض أوساط القضاء ، وذلك فيما يتعلق بنطاق تطبيق كل من نصى هاتين المادتين، حيث ذهب رأى إلى ضرورة أن يقتصر تطبيق أحكام المادة ١٧٩٢ على الابنية فقط أخذا بالمفهوم الضيق والحرفى لكلمة " édifice " التى جاءت بها ، فى حين تختص أحكام المادة ٢٢٧٠ على الأعمال الكبيرة فقط ، وفى المنشات العقارية الأخرى غير الأبنية ، وكأننا فى ذلك بصدد ضمانين مستقلين لكل منهما نطاق تطبيقه الخاص به موضوعيا . فى حين ذهب رأى آخر - وهو ما أيدناه (١٤) - إلى ضرورة التوفيق بين النصين ، توفيقا تكامليا بينهما ، بمعنى أن يكمل كل منهما الآخر ، إذ الحقيقة أننا بصدد ضمان واحد ، وبالتالى وجب أن يكون له نطاق موضوعى واحد تسرى عليه أحكامه .

وبذلك قضى المشرع الفرنسى باختياره للفظ " ouvrage " بدلا من كلمة "édifice " فى المادة ١٧٩٢ والإحالة عليها بالمادة ٢٢٧٠ ، باعتبارها النص المقرر للضمان المبين لأحكامه . نقول: قضى المشرع بذلك على الخلاف الذى كان قد ساد ردحا طويلا من الزمن بسبب إشكال عبارات كل من النصين ، مما جعل شرح أحكام هذه المسئولية من المسائل الشائكة والعسيرة فى القانون المدنى الفرنسى ، ذهبت بشأن تفسيرها آراء الفقة ونظرياته شيعا وأحزابا (١٥) .

---

١٤ - راجع فيما سبق من ص ٦٤٦ : ص ٦٥٤ .

١٥ - انظر فى ذلك : جالشيه : مقاله السابق ".. La réforme " ص ٥٢ عمود ١

ليس مجرد القضاء على هذه الخلافات ، التى كانت سائدة فى الفقة والقضاء ما ينيف على قرن ونصف من الزمان ، هو ما أسداه اختيار المشرع الفرنسى للفظ " ouvrage " بدلا من " édifice " وتضمنيه المادة ١٧٩٢ مدنى بعد إعادة صياغتها ، وإنما كان لهذا الاختيار أثره أيضا ، فى التوسع فى نطاق تطبيق أحكام المسئولية العشرية موضوعيا ، ذلك أن كلمة " ouvrage " ذات مفهوم عام ، واستعملها المشرع الفرنسى على عموم مفهومها ، دون أن يقيده بقيد أو يحده بوصف (١٦) .

وعلى ذلك فمقتضى عموم مفهوم كلمة " ouvrage "أن يمتد مدلولها لا ليشمل المبانى بمفهومها الفنى فقط ، بل ليشمل أيضا كل منشأة عقارية أخرى ، تقوم على عمل الإنسان وبتدخل منه (١٧)، ذلك أن معنى كلمة "ouvrage" كما رأينا حالا ، تعنى كل ما تعمله يد الإنسان فى هذا الخصوص ، سواء كان هذا العمل جديدا ، أى ينشا لأول مرة ، أو كان موجودا قبل ذلك ، وإنما اقتصر العمل على إدخال تعديلات فيه ، أو إجراء ترميمات به (١٨) .

---

١٦ — مالنفووجستار : المقال السابق بند ٢٥ ، كوستا : مقاله السابق . ص ٣٦ عمود ٢ ، بوبلى : مقاله السابق بند ٢٨ ص ٨ جروسلبير : مقاله السابق" ... La réforme " بند٧ ص ١٣ فابيان ميليه : المرجع السابق ، ص ١٠ ومابعدها .

١٧— ميشيل بييس : مقاله السابق . ص ١١ .

١٨— انظر فى تاكيد ذلك الإجابة التى أبداها واضعوا مشروع القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ على التساول الذى طرحة مسيوماتيو Mr. Mathieu عن مدى إمكانية إخضاع هذه الأعمال للضمان العشرى (J.O. deb.A.N.19,2,1977,p.8977)

وتطبيقا لذلك ، يدخل فى نطاق هذا المفهوم عموم المنشآت العقارية على اختلاف صنوفها وأشكالها ، مبان كانت أو غير مبان ، مثل الملاعب الرياضية على اختلاف ألوانها . وشبكات الطرق والأرصفة "والمصاطب" والآبار والسدود ، والكبارى ، والأبراج [١٩]. وكذلك الجراجات ، أو مواقف السيارات ، أو مهابط الطائرات ، بل وحتى ما يتم فى الحدائق من إنشاءات عقارية ، أى كل أعمال الهندسة المدنية ، التى لم تكن لتدخل فى مفهوم كلمة " édifice "[٢٠].

لم يقتصر استعمال المشرع الفرنسى للفظ " ouvrage " على الدلالة على العقار فى مجموعه - كما أبنا حالا - بل أطلقه ليدل أيضا على الجزء أو القسم من العقار ذاته [٢١] ، سعيا منه بذلك إلى القضاء على فكرة الأعمال الكبيرة التى كان منصوصا عليها بالمادة ٢٢٧٠ مدنى فى صياغتيها السابقتين [٢٢] ، لما أثاره أمر وضع معيار لتمييز هذه الأعمال عن غيرها ، من خلافات فقهية وقضائية كما سبق أن رأينا [٢٣].

١٩- كوستا : المقال السابق - ص ٣٦ عمود ٢ ، مازو وجيجلار :دروس ح ٣ بند ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٦ .

٢٠- مالنقووجستاز : المقال ، بند ٢٥ والمرجع . بند ١٣٦ ص ١٦٠ ! جالشيه : المقال السابق "La réforme..." ص ٥٢ عمود ١ بويلى : مقاله السابق بند ٢٨ ص ٨٠ ، مالنقووبويلى : فى تعليق لهما R.T.D.I. ١٩٧٩ ص ٣٤٣ ، فابيان ميليه : المرجع السابق ص١٠، ١١ ، نزيه المهدى دراسته السابقة ص ١٥، ١٦ وانظر تاكيد ذلك عملا بمناسبة ملعب تنس، نقض مدنى (٣) فى ١٩٧٣/١٠/٩. B رقم ٥١٢ ص ٣٧٤، وانظر عكس ذلك : باريس الجزئية فى ١٩٧٥/٤/٢٢ د. ١٩٧٥ ص ٧١١ تعليق ج مازو .

٢١- وذلك هو ما فعله المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ -٤ راجع، فيما سبق، هامش ٢٦ ص ٤٦٦ وه ٩ ص ٨٧٣ .

٢٢- انظر ما سبق أن أبديناه نحو هجر المشرع الفرنسى لهذا المعيار وإبداله بالمعيار الوظيفى للعناصر، ص ٨٧٥ وهامش ١٦، ١٧ بها

٢٣ - انظر، فيما سبق، من ص ٦٥٢: ص ٦٥٥ .

بل إن المشرع الفرنسى ، رغبة منه فى التوسع فى نطاق التطبيق الموضوعى لأحكام هذه المسئولية العشرية ، لم يجعل محل ورودها مقصورا على العقار فى مجموعه ، أو على جزء أو قسم فيه كما أوضحنا حالا، بل بسط فيه ليشمل أيضا العناصر التكوينية به ، وكذلك العناصر التجهيزية له ، وذلك بشروط معينة اقتضاها فى كل من المادتين ١٧٩٢ المعدلة ، ١٧٩٢-٢ المستحدثة (٢٤) .

ولنشرع أولا فى بيان المقصود بهذين الاصطلاحين الحديثين اللذين استعملهما المشرع الفرنسى فى هذا القانون ، وهما : العناصر التكوينية ، والعناصر التجهيزية ، وشرط اعتبار كل منهما محلا لورود أحكام هذه المسئولية أو الضمان العشرى .

---

٢٤ - مالنفووجستاز : المرجع السابق بند ١٤٤ ص ١٦٩ ، جالشيه المقال السابق "... La réforme " ص ٤٩ ، كوستا : مقاله السابق ، ص ٣٧ عمود ١ حيث يقرر "بأن المشرع الفرنسى إنما يُشرِّع بذلك لمستقبل تتبدى أماراته فى سيطرة الصناعة على عناصر البناء ومكوناته ، ووسائل تجهيزه لأداء غرضه حيث تصنع هذه وتلك فى المصانع مقدما ، ثم لا يبقى للمقاول أو المشتغلين بالتشييد والبناء سوى تجميعها وتثبيتها فى أماكنها المخصصة لها ، وطبقا لتعليمات صناعها وأوامرهم ، وانظر فى هذا المعنى أيضا جروسليير : المقال السابق "La réforme ...." بندى ٢،١ ص ١٠٠٩، كاستون : المرجع السابق بند ٤٧٧ ص ٢٢٢، شكرى سرور : السابق بند ١٩٣ ص ٢١٩ ، ٢٢٠

٢٥- جروسيليير: مقاله السابق "Glossaire ....." ص ٤٠٣: ٤٠٢ حيث يقرر:

"Il reste difficile de definir plus precisement ce qu'il faut entendre par là, surtout si l'on veut comparer les éléments constitutifs avec les ouvrages de fondation, d'ossature de clos, de couvert, ou surtout avec les parties d'ouvrage. En réalité, il semble que très simplement il faille y voir les corps simples" qui composent l'ensemble de l'ouvrage"

وانظر ايضا كلود لومبوا: مقاله السابق، ص ٣٢٣، عمود ٢ حيث يقرر:

=

أولا : العناصر التكوينية :" Les éléments constitutifs "

وشروط خضوعها لأحكام هذه المسئولية .

١ - ما المقصود بالعناصر التكوينية فى العقار .

لم يرد بنص المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى المعاد صياغتها بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨- والتى ذكرت بها هذه العناصر ، ضمن ما ترد عليه أحكام هذه المسئولية - ما يدل على المقصود بهذه العناصر ، فهى لم تتضمن تعريفا لها يحدد معالمها ويبين مضمونها ، لكن يمكن القول - استدلالا بتسميتها - بأنها مجموعة المواد الخام التى يتكون منها العقار فى مجموعة ، أو فى جزء منه مثل الاسمنت والمونة (٢٥) ، بمعنى أنها العناصر التى تؤدى الوظيفة التشييدية فى العقار ، والتى تضمن وجود واستمرار العقار نفسة ،

٢ - أما عن شرط اعتبار هذه العناصر محلا ترد علية أحكام هذه المسئولية العشرية ، فتقضى المادة ١٧٩٢ مدنى فى صياغتها الجديدة ، بأن المعماريين يكونون مسئولين ، بقوه القانون ، عما أقاموه من عمل ، ... ، إذا كانت الأضرار - عن طريق إصابتها لأحد العناصر التكوينية فى العمل ، تجعلة (أى العمل) غير صالح لتحقيق الغرض الذى أقيم من أجله . ففى هذه الحالة يمكن أن تكون العناصر التكوينية فى العقار محلا ترد علية أحكام هذه المسئولية العشرية ، اما إذا كانت الأضرار التى أصابت العنصر التكوينى ليست من الخطورة بحيث لا يترتب على إصابته بها صيرورة العقار غير صالح لتحقيق الغرض من انشائه ، ففى هذه الحالة لانكون بصدد تطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية ، بمعنى أن هذا العنصر لا يشكل محلا ترد عليه هذه الأحكام .

L'élément constitutif est une partie materièllement distincte de = l'ouvrage (en ?ois elle est élément) mais qui entre nécessairement dans sa definition (en quoi elle partie constitutive) exemple : la toiture, parce qu'une maison sans toit n'est plus une maison, ou le tablier d'une pont . Cela ne parait pas different des "parties maitresses" ou de la "structure"

ثانيا :العناصرالتجهيزية بالعقار" Les éléments d'équipement"

وحالات اعتبارها محلا لورود أحكام المسئولية العشرية .

١ - المقصود بالعناصر التجهيزية :

كما لم يرد بنصوص القانون ما يعرف العناصر التكوينية في العقار ، كذلك لم يرد فيه ما يعرف العناصر التجهيزية به . ولكن يتضح من تقرير سبينتيا (٢٦) أنه يقابل بين وظيفة التشييد ووظيفة التجهيز ، وبينما ناط الأولى بعناصر التكوين ، جعل الثانية من مهام عناصر التجهيز ، وإذا كانت الأولى مرتبطة بالموقع والمكان والبيئة التى سيشيد فيها العقار ، ومن مجموعها واندماجها بعضها مع البعض يتكون العقار المطلوب تشييده . فإن الثانية ، على عكسها ليس لها ارتباط بكل ذلك ، وإنما تجهز لقيام هذا العقار بتهيئته وتجهيز الموقع والمكان الذى سيشيد فيه ، كما تجهز العقار نفسه لاداء الوظائف المنوط به اداؤها (٢٦مكرر)

٢٦- انظر تقرير سبينتيا المذكور صـ ٣١ به ، وانظر أيضا فى نقد هذه الفكرة - مالنفووجستاز بند ١٤٥ صـ ١٧٠ وما بعدها ، مودرن: مقاله السابق. M.T.Pulb.عدد يونيو ١٩٧٨ صـ ٣٦ عمود٢ ، كوستا : مقالة السابق . صـ ٣٧ عمود ٢ حيث ينتقد هذا الفقة فكرة عناصر التجهيز هذه ويرى أنها لا تقل غموضا عن فكرة العمل "ouvrage" ذاتها وأن من شان ذلك، في كثير من الاحوال الحديثة ، أن يعقد عمل الفنيين وعمل القضاة .

٢٦- مكرر انظر فى محاولة بيان ذلك ، كلود لومبوا ،مقاله السابق صـ ٣٢٣ عمود ٢ حيث يقرر :

"L'élément d'équipement est une partie materiellement distincte (de l'ouvrage)(en quoi elle est élément) qui n'est pas nécessaire à le constituer (en quoi elle n'est pas élément constitutife) mais qui permet à l'ouvrage de remplir une fonction supplementaire (en quoi elle l'équip, i.e. ;le pourvoit de moyens) la chaudiere, l'appareillage sanitaire, les tentures et papiers peints ...."

وعلى ذلك يعد من عناصر التجهيز جميع الإعدادات والتهيئات التى تتم داخل الموقع أو المكان الذى سيقام عليه العقار المطلوب تشييده (٢٧) ، كما يعد كذلك أيضا كل ما يهيء العقار المشيد لتأدية وظائفه التى أنشئ من أجل الوفاء بها . من ذلك التكسيات أو التغطيات ، والأرضيات ، والقواطع أو الفواصل ، والأنابيب أو القنوات المختصة بالتزويد والصرف مندمجة أم غير مندمجة ، وكذلك التجهيزات الكهربائية والصحية ، وأيضا مختلف التركيبات الميكانيكية مثل المصاعد وأجهزة التسخين المركزية وأجهزة التدفئة أو التهوية ، وكذا وضع العوازل الحرارية (٢٨) . وبصفة عامة

---

٢٧ - تقرير سبينيتا ، سالف الذكر ، ص ٣١ ، مالنفووجستار :المقال السابق . بند ٣٦ ، كاستون : المرجع السابق بند ٤٧٦ ص ٢٢٢ كاربلا : السابق فصل I ص ٢٧ .

٢٨ - هذا وتجدر الإشارة إلى أنه كان قد اقترح ، اثناء المناقشة البرلمانية لمشروع القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ ، أن ينص صراحة على استبعاد الأضرار الناجمة عن نقص العازل الحرارى بالعقار المشيد من نطاق تطبيق الضمان العشرى ، والاكتفاء بخضوعها لضمان الإنجاز التام ، ولكن هذا الاقتراح لم يكتب له النجاح ، وبذلك استمرت هذه الأضرار خاضعة لأحكام هذا الضمان العشرى فى ظل هذا القانون الأخير . وفى هذا إقرار تشريعى لما درج عليه العمل فى هذا الخصوص (انظر نقض مدنى (٣) فى ١٩٧٨/٢/٢١ . B رقم ٢٦ ص ٣٤ ، G.P. ٧ من يوليو ١٩٧٨ الموجز ، M.T.P. ١٠ من ديسمبير ١٩٧٩ ص ٥٤، وذات الدائرة فى ١٩٧٨/٦/١٤ J.C.P. ١٩٧٨ -٤ ص ٢٥٤، فى حين أن الأضرار الناجمة عن نقص العازل الصوتى حذفت من نطاق تطبيق هذا الضمان العشرى بمقتضى المادة السابعة من القانون المذكور لتدخل ضمن نطاق تطبيق ضمان الإنجاز التام ، الذى سنأتى إلى دراسته بعد قليل فى المطلب الثالث من هذا الفرع .
ولا شك أن المشرع الفرنسى قد أقر هذه التفرقة اخذا فى الاعتبار جسامة الضرر فى كل من النوعين .

تركيبات جميع الأجهزة الكهربائية والميكانيكية التى يقتصر عمل المقاول بالنسبة لها على مجرد تركيبها ، ووضعها فى مكانها المخصص لها والذى ستؤدى منه وظيفتها ، وذلك دون أى تغيير فيها ، أو حتى فى الطريقة المرسومة لتركيبها . وبعبارة أخرى ، تركيبها بحالتها التى كانت عليها عند تسليمها إليه [٢٩].

وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٣ من المرسوم رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٦٧ ، فى ٢٢ من ديسمبر ١٩٦٧، الصادر بتطبيق أحكام القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ ، سالف الذكر،كانت تقضى بعدم اعتبار هذه الأجهزه من الأعمال التى تدخل فى نطاق تطبيق الضمان العشرى أو الثنائى ، وبالتالى كانت تخضع لأحكام القواعد العامة [٣٠].

٢ - وأما عن حالات اعتبار عناصر التجهيز محلا ترد عليه أحكام المسئولية العشرية . فقد اعتبر المشرع الفرنسى عناصر التجهيز بالعقار محلا لورود أحكام المسئولية العشرية فى حالتين : [٣١]

الأولى : نصت عليها المادة ١٧٩٢ مدنى بعد إعادة صياغتها بالقانون المذكور، [٣٢] وهى تطابق تماما حالة عناصر التكوين ، التى سبق بيانها حالا ، ومقتضاها أن تكون الأضرار قد لحقت عنصرا من عناصر التجهيز بالعقار ، بحيث ردت هذا الأخير غير صالح لتحقيق الغرض

٢٩- تقرير سبينيتا ، سالف الذكر ص ٣١ ، كاستون : المرجع السابق بند ٤٨٠ ص ٢٢٣ ومقال بعنوان
"Les textes d'application de la loi du 4 janv. sur la responsabilité et l'assurance de la construction" A.J.P.I. P.5et s
كاريلا : المرجع السابق . فصل I ص ٢٧ ، ٢٨

٣٠- انظر فى ذلك : مالنڤووجستاز : مقالهما السابق . بند ٣٦ والمرجع السابق . بند ١٤٥ ص ١٧٢ .

٣١- مودرن : مقاله السابق M.T. Pub. عدد يونيو ١٩٧٨ ص ٣٦،
جروسلييرز: المقال السابق"... Glossaire" ص ٤٠٣ ومابعدها .

٣٢- راجع، فيما سبق، نص المادة المذكورة هامش ٣ ص ٧٩ .

شيد من أجلة [٣٣]. ونحيل فى تكملة بيانها إلى الحالة السابقة لتطابقهما تماما، وبعدا عن التكرار.

<u>الثانية</u>: نصت عليها الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢-٢ مدنى المستحدثة بالقانون المذكور [٣٤]، وهى التى مدت قرينة المسئولية المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ إلى الأضرار التى تصيب سلامة عناصر التجهيز فى مبنى " d'un bâtiment" فقط، وليس مطلق العمل " ouvrage " كما هو الوضع فى الحالة الأولى، ولكن فقط أيضا بالنسبة لتلك العناصر التى تشكل جسما غير قابل للانفصال " indissociablement corps " مع أحد الأعمال المذكورة فى نهاية الفقرة.

فما المقصود بالمبنى " un bâtiment " فى هذا الخصوص ؟

عبثا يحاول الباحث أن يصل إلى تعريف للمبنى" Bâtiment " فى القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨، حيث لم يعط أى تعريف له، ولا حتى ما يقرب إلى التعريف، ويقرر بيجو [٣٥] أن هذا أمر بالغ الدهشة

٣٣- ويسوق جروسليير (مقاله السابق" Glossaire "ص ٤٠٣، مثالا لذلك:
"On peut imaginer qu'il s'agit par exemple dans un immeuble de grande hauteur. des ascenseurs ou montecharge qui seraient incapables d'assurer leur rôle au peut que l'immeuble serait en fait inutilisable de façon normale-malgré ses éscaliers de secours........."

٣٤- راجع، فيما سبق، هامش ٩ ص ٨٧٣.

٣٥- المرجع السابق. ص ٨١ وانظر فى تحديد فكرة المبنى فى مفهوم قانون ٤ من يناير ١٩٧٨، فابيان ميليه "La notion du bâtiment au sens de la loi du 4 janv. 1978" memoire Paris II, 1982.
سالف الإشارة.

ذلك أن المشرع الفرنسى قد قرر التزاما بالتأمين على من يباشر أعمال إقامة المبنى " Travaux de bâtiment "وقرر له جزاء جنائيا ، فكان ينبغى لذلك تبيان معالمه ، وتوضيح حدوده (٣٦).

ولكن القرار الوزارى الصادر فى ١٧ من فبراير سنة ١٩٧٨ بشأن تحديد الشروط اللازمة للتأمين الإجبارى عن "أعمال المبانى " Travaux de bâtiment " والذى كان قد تكرس فى المادتين A 241-2, A.241-1 من مجموعة قوانين التأمينات ـ كان قد عرف أعمال المبانى هذه " Travaux de bâtiment " بأنها تلك التى يكون موضوعها إقامة منشآت على الأرض ، أو تعديلها ، يعيش الإنسان بداخلها قادرا على الحركة ، وتوفر له قدرا من الحماية ، ولو جزئيا ، ضد عوادى الطبيعة الخارجية (٣٧) "

٣٦- ومن الواضح أن لفظ مبنى bâtiment ذو مضمون أكثر ضيقا وتحديدا من لفظ عمل " ouvrage " وأيضا من لفظ بناء édifice . انظر فى بيان ذلك تفصيلا جروسليير : المقال السابق "... Glossaire " صـ ٣٩٩، بيجو : المرجع السابق صـ ٨٣ وما بعدها، كاريلا : المرجع السابق ، فصل I صـ ٣٧، فابيان ميليه : المرجع السابق - صـ ١٢ .

٣٧- "Ce sont les travaux dont l'objet est de réaliser ou de modifier les constructions élevées sur le sol à l'intérieur desquelles l'homme est appelé à se mouvoir et qui ofrent une protection au moins partielle contre les agressions des éléments naturels extérieurs" et voir en même sens Petit la rousse : éd 1981 mot. "Bâtiment" Construction servant d'abri ou de logement"

وبذلك يكون هذا القرار قد عرف المبنى Bâtiment بطريقة ضمنية (٣٨) .

ورغم أن هذا القرار كان قد ألغى بموجب حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣٠ من نوفمبر سنة ١٩٧٩ (٣٩) بسبب تجاوز السلطة اللائحية لسلطاتها بإصداره (٤٠) ، ورغم أنه صادر بشأن التأمين على أعمال المبانى وليس بصدد المسئولية إلا أن الفقه فى مجموعه مازال مصرا على الاسترشاد به فى تحديده لمفهوم لفظ " Bâtiment" الوارد بنص المادة ١٧٩٢ -٢ مدنى مستحدثة (٤١) .

واستنادا إلى ذلك يدخل فى مفهوم كلمة مبنى Bâtiment طبقا لنص المادة ١٧٩٢ -٢ سالف الذكر ، المبانى التى تعد للاستعمال السكنى" "Les bâtiments à usage d'habitation" كالعمارات والمنازل والفيلات وغير ذلك ، وتلك التى تنشأ من أجل الاستعمال التجارى " à usage commercial" كالمحال التجارية ،

٣٨- انظر فى شرح هذا التعريف بتوسع : بيجو : المرجع السابق من ص ٨١ : ٨٤ ، كوستا : المقال السابق : ص ٣٧ عمود ١ فابيان ميليه ، المرجع السابق من ص ٣٥ : ٣٩ . كاستون : مقاله السابق "... Les textes" ص ٧ .

٣٩- أورده بيجو خطأ (ص ٧٩، ٨١) على أنه صادر فى ١٦ من نوفمبر ١٩٧٩ والصحيح ما أوردناه بالمتن .

٤٠- مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٧٩/١١/٣٠ . G.P. ١٩٨٠ -١ ص ٥٣ ، د. I.R. ١٩٨٠ ص ١١٧ تعليق ، A.J.P.I. DELVOLVE ١٩٨٠ ص ٢٢٤ تعليق مودرن وانظر بالإضافة إلى التعليقين المذكورين مقال درى : "L'annulation de l'art A. 241-2-C.Ass." R.T.D.I. 1980 N° 1. p. 36.

٤١- انظر بالإضافة إلى ما أشير إليه بالهامش السابق : جستان: R.T.D.C. ١٩٧٩ ص ٢١١ ، كاستون : A.J.P.I. ١٩٧٩ ص١٧ ، بوبلى: R.T.D.I. ١٩٧٩ ص ١ وما بعدها خاصة ص ٩ .

وأماكن إيواء السيارات (الجراجات) وغيرها وكذلك التى تنشأ بهدف الاستعمال الصناعى "à usage industriel" أو الزراعى "ou agrécol" كالمصانع والحظائر وأيضا المبانى المعدة لاستقبال الجمهور Les bâtiment à usage à recevoir le public كالمستشفيات والعيادات والمدارس ودور العبادة [٤٢] .

ورغم أن التعريف المستهدى به فى تحديد مفهوم فكرة المبنى " Bâtiment " قد أحال فقط إلى الإنشاءات أو التشييدات المقامة فوق الأرض " Constructions élevées sur le sol " إلا أن الفقه يرى عدم فهم هذه العبارة على معناها الضيق ، والاقتصار على أعمال المبانى التى تقام فوق سطح الأرض ، وإنما يرى أن توخذ بمفهومها الواسع الذى يغطى قصد المشرع ، وهو كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار من مبانى سواء كان ذلك على سطحها surface de la terre أو أسقل من هذا السطح souterrain كالمحال التجارية ، أو مغمورا فى باطنها enterrés كأماكن إيواء السيارات (الجراجات) التى تقام فى باطن الأرض [٤٣]. وقد أخذت بهذا التعريف إدارة التامينات " Direction des assurances " وأبلغته فى خطاب لها محرر

٤٢- مالنقووجستاز : المقال السابق ، بند ٣٥ ، والمرجع بند ١٤٤ ص ١٦٩، بويلى المقال السابق بند ٣٢ ص ٩ ، جالشيه : المقال السابق "La réforme ..." ص ٣د عمود ٢ الذى يقرر اتساع مفهوم كلمة المبنى Bâtiment هنا عنه طبقا لمرسوم ٢٢ ديسمبر ١٩٦٧ سالف الذكر ، الذى لم يعن سوى الأبنية المعدة للسكن أو للاستعمال المماثل فقط .

٤٣- بويلى : المرجع السابق ، رقم ٤٠٢ ص ٢٥٥ ، كاريلا : آ ص ٣٧ ميشيل بييس : المقال السابق ص ١١ .

فى ٢ من فبراير سنه ١٩٧٩ إلى الاتحاد الوطنى لنقابات المهندسين المعماريين : "Union Nationale des Syndicats d'Architectes" (٤٤).

ومقتضى هذا التعريف الذى يستهدى به الفقه- رغم إلغائه -فى تحديد مفهوم لفظ مبنى " Bâtiment " أنه لا تعتبر من المبانى أعمال تهيئة الأرض وإعدادها للأغراض المختلفة ، كالملاعب الرياضية والطرق والشوارع والكبارى ، وأعمال المنافع العامة (٤٥)- لأنها لا تعد بغرض المأوى والاحتماء بها ، أى لا توفر للإنسان حماية ، ولو جزئية ، كما يقتضى التعريف المذكور ، وإن كانت هذه تدخل ضمن نطاق تطبيق أحكام المسئولية العشرية ، طبقا لنص المادة ١٧٩٢مدنى

٤٤- Qui précise que "les constructions réalisées en sous sol soit fondations,soit comme ouvrages indissociables de celles-ci, ou du corps principal du bâtiment sont des bâtiments. Les constructions entierement souterraines et independantes de toutes autre construction non souterraine paraissent devoir étre également considérées comme des bâtiment si elles repondent par ailleurs aux termes de la definition qui en est donne par l' art. A,241-2a)..La notion de sol est relative et n'implique pas celle de 4 niveau normal du sol. Toute constructiob qui n'est ni flottante ni aerienne repose nécessairement sur un sol et elle constitue un bâtiment...des lors qu'elle n'entre pas dans la categorie des ouvrages de genie civil que le législateur a entendu exclure de cette obligation"

نقلا عن بيجو: المرجع السابق ص ٨٢ .

٤٥- بيجو : المرجع السابق صـ ٨٢ وما بعدها،كاريلا : المرجع السابق: فصل I صـ ٢٧ .

معدلة ، باعتبارها أعمالا " ouvrages " كذلك لا تعتبر من المباني الملاجىء والمخابىء العسكرية التى تقام فى باطن الأرض ، بهدف الحماية من الأخطار الحربية أو النووية ، لأنها وان وفرت الحماية للإنسان ، إلا أنها ليست حماية من عوادى الطبيعة العادية (٤٦) وكذلك المخازن والكهوف التى لا يدخلها الإنسان عادة ، بل على سبيل الاستثناء ، بهدف الصيانة أو الإصلاح أو الرقابة .. إلى غيرذلك(٤٧) مما يدل على أن مجال تطبيق الالتزام بالضمان العشرى أى المسئولية العشرية ، أوسع من نطاق تطبيق الالتزام بالتأمين الإجبارى (٤٨) .

والسؤال الذى يفرض نفسة الآن ، وبعد أن انتهينا من تحديد مفهوم لفظ مبنى " Bâtiment " هو : هل كل العناصر التجهيزية بالمبنى - طبقا للمفهوم الذى حددناه حالا - تشكل محلا لتطبيق أحكام المسئولية العشرية ؟ أم أن ذلك رهن بوصف معين لا بد من توافره فيها ؟

تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢-٢ المستحدثة بالقانون المذكور ، بأن قرينة المسئولية المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ السابقة تمتد لتشمل أيضا الأضرار التى تؤثر فى متانة وسلامة عناصر التجهيز بالمبنى " Bâtiment " ولكن فقط عندما تشكل هذه العناصر جسما غير قابل للانفصال indissociablement corps مع أعمال المنافع العامة de viabilité أو الأساس de fondation أو الهيكل d'ossature أى السياج (السور) " de clos " أو المظلة " de couvert " (٤٩) .

---

٤٦ - بوبلى : المقال السابق : بند ٣٢ ص٩ ، جروسلبير "Glossaire" ص ٣٩٩ وما بعدها .

٤٧ - انظر المراجع المشار إليها بهامش ٤٥ أعلاه وفى ذات المواضع .

٤٨ - جروسليير : الهامش الأسبق .

٤٩ - انظر فيما سبق الفقرة المذكورة . هامش ٩ ص ٨٧٣ .

ومقتضى ما نصت عليه هذه الفقرة أنه ، ليس كل عناصر التجهيز بالمبنى " bâtiment " تشكل محلا لسريان أحكام المسئولية العشرية . وإنما فقط تلك التى ترتبط بأحد الأعمال المذكورة ارتباطا غير قابل للانفصال ، وبذلك يكون المشرع قد اقتضى فى هذه العناصر وصفا معينا يجب توافره فيها حتى تدخل ضمن محل ورود أحكام هذه المسئولية .

ومخافة أن تختلف وجهات النظر فى فهم المقصود بعدم القابلية للانفصال " Indissociablement corps " فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر على أن " يعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المنصوص عليها بالفقرة السابقة، وذلك عندما لا يمكن فصله عن هذا العمل ، أو نقله منه ، أو استبداله بغيره فيه دون أن يصاب هذا العمل بالتلف أو الفساد أو إزالة شئ من مادته .

وعلى ذلك فإذا توافر فى عنصر التجهيز بالمبنى " Bâtiment " الوصف الذى اقتضاه المشرع الفرنسى بالفقرة الأولى وأوضح كيفية تحققه بالفقرة الثانية ، على الوجه الذى أبنا ، صار عنصر التجهيز هذا محلا ترد عليه أحكام وقواعد هذه المسئولية العشرية . بمعنى أن يكون المعماريون مسئولين عن الأضرار التى أصابت متانة هذا العنصر وسلامته لمدة عشر سنوات اعتبارا من تاريخ التسلم .

أما إذا لم يتوافر فى عنصر التجهيز بالمبنى " Bâtiment " هذا الوصف المقتضى تشريعيا ، خرج عنصر التجهيز هذا عن نطاق تطبيق أحكام المسئولية العشرية - أو الضمان العشرى - المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ مدنى معدلة ، والمادة ١٧٩٢-٢ مستحدثة ، ليدخل ضمن نطاق تطبيق الضمان الثنائى ، أى ضمان كفاءة الأداء " La garantie de bon fonctionnement " المنصوص عليه بالمادة ١٧٩٢-٣ مدنى المستحدثة بذات القانون ، والذى سنأتى إلى دراسته بعد قليل .

المطلب الثانى : الأضرار التى يشكل تحققها سبب تطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية طبقا للقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ .

كانت المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى تقضى ، فى صياغتها الأصلية ١٨٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ بأن المعماريين مسئولون عما يحدث فى البناء " L'édifice "[٥٠] من تهدم كلى أو جزئي بسبب عيب البناء أو حتى عيب فى الأرض ذاتها ، أو بعبارة أخرى ، كانوا مسئولين عن عيوب عملية التشييد، أيا كان سببها ، أو عيوب الأرض التى من شأنها أن تؤدى إلى تهدم العقار المشيد كليا أو جزئيا [٥١] .

ودراستنا للفقه والقضاء الفرنسيين ، أثبتت أيضا أنهما لم يقفا عند التفسير الضيق لعبارة التهدم الكلى أو الجزئى ، بل اعتبرا المعماريين مسئولين عن كل عيب فى البناء ، أو غيره من المنشآت العقارية الأخرى ، متى كان من شأن هذا العيب - حتى ولو لم يؤد إلى التهدم الكلى أو الجزئى - أن يعرض للخطر متانة وسلامة البناء ، أو غيره من المنشآت العقارية الأخرى ، أو يجعل أيا منها غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشئ من أجله [٥٢] .

---

٥٠ - فى الأعمال الكبيرة فيه - وكذا فى غيره من المنشات العقارية الاخرى ، أخذ بالتفسير التكاملى بين هذه المادة والمادة ٢٢٧٠ التى لم تذكر سوى الأعمال الكبيرة
انظر، فيما سبق، من ص ٦١٢ : ص ٦١٦ ، ٦٤٩ : ٦٥١

٥١ - راجع، فيما سبق، من ص ٦٥٤ : ص ٦٦٤ ، ٦٩٦ : ٧٠٨

٥٢ - راجع، فيما سبق، ص ٧٠٤ : ص ٧٠٨ ومن ص ٧٤٦ : ص ٧٥٩ .

وإذا كانت عبارة " التهدم الكلى أو الجزئى " périt en tout ou en partie " قد ظلت دائما فى نظر المشرع الفرنسى مناط تطبيق أحكام الضمان العشرى ، على الأقل منذ وضع مدونة نابليون فى القانون المدنى الفرنسى سنة ١٨٠٤ وحتى بدء العمل بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ المذكور ، أى ما يناهز القرنين من الزمان ، إلا أن هذا المشرع قد خرج على هذا الخط فى إصلاحه الجديد ، مستغنيا عن عبارة " التهدم الكلى أو الجزئى "Périt en tout ou en partie" كلية ، ومستبدلا إياها بلفظ الأضرار أو الخسائر " des dommages " وجاء ذكر ذلك صراحة فى المادة ١٧٩٢ مدنى معدلة ، حيث نصت على أن المعماريين مسئولون أمام رب العمل و... عن الأضرار ، ولو كانت ناتجة عن عيب الأرض ذاتها ، متى كان من شأنها أن تعرض للخطر متانة العمل وسلامته ، (٥٢ مكرر) أو من شأنها ، عن طريق تأثيرها فى أحد عناصره التكوينية أو التجهيزية ، أن تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله (٥٣)

كما جاء صراحة أيضا فى المادة ١٧٩٢-٢ المستحدثة ، حيث صرحت بامتداد قرينة المسئولية "أيضا لتشمل الأضرار" les dommages " التى تؤثر فى متانة وسلامة عناصر التجهيز فى المبنى bâtiment ، شريطة أن تكون هذه العناصر مرتبطة ارتباطا لا يقبل الانفصال مع أحد الأعمال " des ouvrages " المنصوص عليها بنهاية الفقرة

---

٥٢ مكرر- بمعنى ان تجعل المدة المتوقعة لبقائه واستمراره قائما أقل بكثير من المدة التى كانت منتظرة له عادة ان يستمرها ، او أنه صار بسبب هذه الاضرار او العيوب وشيك التلف périt وكما قالت المادة ١٧٩٢ قبل اعادة صياغتها بهذا القانون الاخير ، أو وشيك التهدم Ruine كما قالت المادة ١٣٨٦ مدنى فرنسى ، مراجع فى بين ذلك كلود لومبوا : مقاله السابق ص ٣٢٣ عمود ١ .

٥٣- انظر نص المادة المذكورة هامش ٣ ص ٧٩ فيما سبق . وانظر فى شرح فكرة عدم الصلاحية لاداء الغرض . كلود لومبوا : الهامش السابق حيث يعطى المثال التوضيحى الاتى : "...le defaut d'etanchite d'une toiture ou d'isolation thermique d'un gros mur, une telle toiture , une tel mur ne sont pas menaces de destruction, ils sont solides mais ils ne rendent pas le service qu'on doit en attendre, ils manquent a leur fonction"

الأولى من هـذه المادة (٥٤) .

والواقع أن المشرع الفرنسى باستعماله للفظ الأضرار أو الخسائر " des dommages " بدلا من عبارة " التهدم الكلى أو الجزئى Périt en tout ou en partie " إنما أراد بذلك أن يقنن ما كان قد استقر عليه القضاء الفرنسى ، مؤيدا من الفقه ، من عدم ضرورة اقتضائه للتهدم الكلى أو الجزئى كسبب لتطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية ، بل اعتد فى تطبيق هذه الأحكام بكل عيب يكون من شأنه أن يعرض للخطر متانة العقار المشيد وسلامته أو يرده غير صالح لتحقيق الغرض من انشائه (٥٥) .

من أجل ذلك استعمل مشرع إصلاح سنه ١٩٧٨ لفظ الأضرار أو الخسائر " des dommages " ليعبر بها عن كل ذلك ، أى لتدل على التهدم الكلى أو الجزئى " Périt en tout ou en partie " أو تعريض متانة العقار المشيد وسلامته للخطر "Compromettre la solidité de l'ouvrage " أو جعله غير صالح لتحقيق ما أنشى من اجله من غرض " Le rendre impropre à sa destination " فكل هذه فى الحقيقة أضرار تصيب رب العمل فى ذمته المالية ، اراد المشرع أن يُسأل المعماريون عنها طيلة مدة العشر سنوات التالية لتاريخ التسلم .

ولا يفوتنا فى هذا المقام أن نشير إلى حسن حبك الصياغة السابقة للمادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى (٥٦) ، بالنظر إلى الصياغة الجديدة لها (٥٧) . ذلك أن الصياغة السابقة كانت تقرر المسئولية عن التهدم الكلى أو الجزئى ، الناتج عن عيب فى عملية التشييد ،

٥٤- انظر ، نص الفقرة المذكورة ، هامش ٩ صـ ٨٧٣ فيما سبق .

٥٥- راجع فيما سبق ، ص ٧٠٤ ، ص ٧٠٨ ومن صـ ٨٠٠ : صـ ٨١٥ .

٥٦- انظر ، فيما سبق ، نص المادة المذكورة فى صياغتها الأصلية سنة ١٨٠٤ هامش ٢ صـ ١٢٣ وفى صياغتها طبقا لتعديلها بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٧٦ هامش ٦ صـ ١٣٤ .

٥٧- انظر فيما سبق نص المادة المذكورة فى صياغتهما الجديدة بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ هامش ٣ صـ ٧٩ .

أو حتى عن عيب فى الأرض ذاتها ، وهذا أمر يتفق ومنطق الأمور ، ذلك أن هناك عيبا قد وقع فى عملية التشييد ، أو وجد فى الأرض ، نتج عنه تهدم كلى أو جزئى ، فسئل المعمارى عن هذه النتيجة الحادثة عن هذا العيب أو ذاك .

أما الصياغة الجديدة للمادة المذكورة ، فيشوبها التضارب ، وتنقصها دقة الحبك الصياغى للنص ، ذلك أنها وإن كانت - كسابقتيها سنة ١٨٠٤ ، سنة ١٩٦٧ - قد ناطت المسئولية بالأضرار ، إلا أنها لم تشر إلا لسبب واحد من مسبباتها ، هذا السبب الذى أشارت إلية هو العيب فى الأرض ذاتها (٥٨) ، ولم تذكر عيب التشييد - بما يتضمنة من عيب التصميم ، وعيب المواد ، وعيب التنفيذ - كمسبب لهذه الأضرار ، وهو - فى تقديرنا - السبب الأهم . وبذلك كانت الصياغة السابقة أوضح بيانا .

لكن الأهم من ذلك ، أن الصياغة الجديدة - وقد ارادت أن تشير إلى وجوب أن تكون الأضرار على قدر معين من الجسامة ، حتى تكون سببا لتطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية - تطلبت فى المادة ١٧٩٢ مدنى معدلة ، أن تعرض هذه الأضرار للخطر متانة العمل وسلامته ، أو عن طريق تأثيرها فى أحد عناصره التكوينية أو التجهيزية ، تجعله غير صالح للغرض الذى أنشئ من أجل تحقيقه أو أن تؤثر فى متانة وسلامة عنصر تجهيزى بالمبنى " Bâtiment " متصلا اتصالا غير قابل للانفصال بأحد الأعمال المذكورة فى نهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ -٢ سالف الذكر والمستحدثة بهذ القانون .

---

٥٨ - جروسليير : المقال السابق "... Glossire" ص ٤١ مالنقوجستاز المقال السابق ، بند ٢٤ ، جالشيه : المقال السابق " La réforme.... " ص ٤٩ .

والحقيقة أن ما يعرض للخطر متانة العمل وسلامته ، أو يخرجه عن دائرة تحقيق غرضه ، أو يوثر في متانة وسلامة عنصر تجهيزى في المبنى " Bâtiment " ليست الأضرار ، بل هذه هي أيضا في حد ذاتها أضرار ، وهذه وتلك مسببات لا بد لها من مسببات ، هذه المسببات ، لهذه أو تلك ، هي في الحقيقة العيوب التي تلحق بالعمل ، سواء في الأرض التي أقيم عليها ، أو في المواد التي شيد منها ، أو في الكيفية التي نفذ بها .

فلا يتصور ، بل وليس صحيحا ، أن تعرض الأضرار للخطر متانة العمل وسلامته ، أو تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى انشىء من أجله (٥٩). بل إن العيوب التي تشوب العمل هي التي تعرض للخطر متانته وسلامته ، أو ترده غير صالح للوفاء بغرضه ، ولذلك كان ينبغى أن يضاف هذا الأثر إلى العيوب ، وليس إلى الأضرار. وعلى ذلك ، فإن استعمال لفظ الأضرار " des dommages " في هذا الخصوص كان استعمالا غير موفق من المشرع الفرنسي (٦٠).

٥٩- إذ الأضرار في هذا المقام أضرار عادية ، تلحق الذمة المالية للشخص فتوثر سلبا فيها .. انظر في بيان ذلك جروسليير : المقال السابق " La reforme.. " بند ٦ ص ١٢، ١٣ حيث يقرر
"...en d'autres termes le dommage est le résultat de la malfaçon. Ici au contraire, le terme dommage est emplcyé comme le synonyme de malfaçon;il y a la un glissement du sans doute, à des expression voisines où l'on dit par example qu'une chose est dommagee"

٦٠- انظر في ذلك جالشية المقال السابق "La réforme ..." ص ٤٩ جروسليير المقال السابق "Glossaire...." ص٤٠٢ لفظ " dommage " حيث يقرر:
"La loi du 4 janv. 1978 utilise le terme de dommage dans un sens quelque peu surprenant.... Mais il n'est pas correct de dire qu'un dommage compromet la solidité (Art. 1972) ou affecte la solidité (art. 1972-2)".

ولقد أحسن المشرع المصرى صنعا ، إذ نص فى الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ مدنى على سريان أحكام الضمان العشرى أيضا على ما يوجد فى البناء أو غيره من المنشآت من عيوب تهدد متانته وسلامته [٦١] . فقد ألحق المشرع المصرى بذلك المسبب بمسببه ، وأقام المسند إلى سنده ، وليس كما فعل المشرع الفرنسى ، إذ ألحق مسببا [٦٢] بغير مسببه [٦٣] ، وأقام مسندا إلى غير سنده .

بعد هذه الملاحظة الشكلية المتعلقة بالصياغة ، نشرع فى بيان الأضرار " des dommages "على حد قول المشرع - التى عناها المشرع الفرنسى فى إصلاحه الأخير لأحكام هذه المسئولية العشرية . والشروط الواجب توافرها فى هذه الأضرار حتى تكون سببا كافيا لإعمال هذه الأحكام .

فأما من حيث الأضرار فى حد ذاتها ، فالذى يؤخذ من نص المادتين ١٧٩٢ مدنى معدلة و١٧٩٢-٢ مستحدثة [٦٤] ، أنها ثلاثة أنواع :

١- الأضرار - والحقيقة هى العيوب [٦٥] - التى تعرض للخطر متانة العمل الذى تم تشييده وسلامته .

٢ - الأضرار - والحقيقة هى العيوب - التى تجعل العمل غير صالح لتحقيق الغرض الذى كان سبب إنشائه ، وذلك عن طريق تأثيرها فى أحد عناصره التكوينية والتجهيزية .

---

٦١ - انظر نص المادة ٦٥١ مدنى مصرى

٦٢ - التعريض للخطر متانة العمل وسلامته ، أو جعله غير صالح لغرضه أو التأثير فى متانة وسلامة عنصر تجهيزى بالمبنى .

٦٣ - الاضرار أو الخسائر " des dommages "

٦٤ - انظر نص المادتين هامش ٣ ص ٧٩ وهـ ٩ ص ٨٧٣ على الترتيب .

٦٥ - انظر ملاحظتنا السابقة .

٣ - و أخيرا الأضرار - والحقيقة هي العيوب - التي تؤثر في متانة وسلامة أحد عناصر المبنى " Bâtiment "التجهيزية والذي يشكل جسما غير قابل للانفصال " Indissociablement corps " مع أحد الأعمال الآتية في المبنى " Bâtiment " المنافع العامة "de viabilité " أو الأساس "de fondation" او الهيكل " d'ossature" او السياج (السور) " de clos " أو المظلة " de couvert "(٦٦)

وعلى أية حال ، فإن تحقق أي من هذه الثلاثة أضرب من الأضرار (أو العيوب في الحقيقة). ليس كافيا في حد ذاته لإعمال أحكام الضمان أو المسئولية العشرية ، بل لا بد أن يتوافر في جانب ما تحقق منها - كما سبق أن بينا عند دراستنا للنطاق الموضوعي التقليدي لهذا الضمان(٦٧) - شرطان :
أحدهما ، منصوص ، اقتضى المشرع الفرنسي وجوده في كل ضرب من هذه الأضرب الثلاثة من الأضرار (أو العيوب) سابقة البيان، ومقتضاه أن يكون ما يتحقق من هذه الأضرار على قدر معين من الخطورة أو الجسامة .

أما ثانيهما ، فمعقول ، يقتضي غالب الفقه والقضاء توافره اتساقا مع القواعد العامة ، وهو أن يكون ما يتحقق من هذه الأضرار (أو العيوب) خفيا عند التسلم ،

وإذا كان المنصوص منهما متفق عليه ، إذ لا اجتهاد مع النص، فإن المعقول مختلف فيه ، لتفاوت العقول والأفهام .

٦٦- انظر في بيان الأنواع الثلاثة : كاستون : المقال السابق ص ١١٤ ، والمرجع السابق بند ٤٧٦ ص ٣٢٢ .

٦٧ - راجع فيما سبق، من ص ٧٩٠ : ص ٨٥٨ .

ونحيل بالنسبة للشرط الثانى ، وهو شرط خفاء الأضرار (أو العيوب) عند التسلم ، إلى ما سبق أن قدمناه بشأنه ، عند معالجتنا للنطاق الموضوعى التقليدى لأحكام هذه المسئولية أو هذا الضمان (٦٨)، حيث لا جديد فى الأمر يستحق البيان ، إذ القواعد العامة ، سند هذا الشرط ودليل اقتضائه ، ثابتة لم تتغير .

أما بالنسبة للشرط الأول ، وهو ضرورة أن تكون الأضرار (أو العيوب) على قدر معين من الخطورة أو الجسامة ، فمما تجدر الإشارة إليه بصدده ، هو أن المشرع الفرنسى قنن باقتصائه له ما كان قد استقر عليه الفقه والقضاء قبل ذلك بزمن طويل - كما سبق البيان (٦٩) - من عدم الوقوف بأحكام الضمان العشرى

٦٨- راجع فيما سبق من ص ٨٣٦: ص ٨٥٨ ، وانظر بالإضافة إلى ما ذكر من مراجع : كاستون : المقال السابق ص ١٠٣ عمود ٢ جروسلبيير : المقال السابق "... Glossire " ص ٤١٥ لفظ " Vice " كاريلا: المرجع السابق ، فصل I ص ٣٣ ، جالشيه : المقال السابق "... La réforme " ص ٤٩ عمود ٢ حيث يقرر بأن مشروع المادة ١٧٩٢ -٦ مدنى مستحدثة كانت تتضمن حكما بأن التسلم يغطى الأضرار الظاهرة ، ولكن هذا النص حذف فى مجلس الشيوخ (انظر J.O.D. Senat. 3 nov. 1977 p. 2549) وما قيل بالنسبة للعيوب الظاهرة وتطهير التسلم لها ، هو نفسه ما يقال بالنسبة للأضرار الظاهرة ، فالأمر لم يعد فى الحقيقة سوى تغير فى الألفاظ والمبانى لا فى المضامين والمعانى.

٦٩ - راجع فيما سبق من ص ٨٠٠ : ص ٨١٧ .

عند ضرورة حدوث التهدم الفعلى،كليا كان أم جزئيا ، بل تطبيقها على ما يشوب العقار المشيد من عيوب ، متى كان من شأن هذه العيوب أن تعرض للخطر متانته وسلامته (٧٠)، أو تجعله غير صالح لتحقيق ما أنشىء من أجله من غرض (٧١) .

والمشرع الفرنسى إذا كان قد قنن - بإعادة صياغته للمادة ١٧٩٢ مدنى - هذين المظهرين من مظاهر الخطورة او الجسامة للأضرار (أو العيوب) ، إلا أنه أضاف إليهما - بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢-٢ مدنى المستحدثة بذات القانون - مظهرا ثالثا للخطورة يتعلق بالعناصر التجهيزية للمبنى " Bâtiment " وبذلك يكون المشرع الفرنسى الحديث قد درّج شرط الخطورة الذى اقتضاه لتطبيق أحكام المسئولية أو الضمان العشرى ، إلى مراتب ثلاث ، طبقا لدرجة خطورة أو جسامة الأضرار (أو العيوب) ومدى تأثيرها فى العقار المشيد شدة وضعفا (٧٢) .

وعلى ذلك فتخلص هذه المظاهر الثلاثة لشرط الخطورة (٧٣) هذا فى الآتى :

١ - أن تكون الأضرار (أو العيوب) من الخطورة بحيث تعرض للخطر متانة العقار المشيد وسلامته .

---

٧٠ - انظر دراستنا لهذا المظهر من مظاهر الخطورة بمناسبة دراسة النطاق الموضوعى التقليدى لهذا الضمان الهامش السابق وانظر أيضا جالشيه : المقال السابق ".. La réforme " ص٥٠ وما بعدها .

٧١ - انظر،أيضا فيما سبق،دراستنا لهذا المظهر من مظاهر الخطورة من ص ٨١٨ : ص ٨٣٥ .

٧٢ - انظر فى ذلك : مالنقووجستار : المقال السابق بند ١٤٠ص ١٦٤ وما بعدها ، كاريلا : المرجع السابق ، فصل I ص ٣٣ : ٣٥ .

٧٣ - انظر فى عرض هذه المظاهر الثلاثة : جروسليير : المقال السابق "...Glossaire " ص ٤١٢ : ٤١٥ تحت لفظ " Responsabilité décennale " لا سيما ص ٤١٤وما بعدها

٢ - أن تكون الاضرار (أو العيوب) من الخطورة بحيث تجعل العقار المشيد غير صالح لتحقيق غرضه .
٣ - أن تكون الاضرار (أو العيوب) من الخطورة بحيث توثر فى متانة وسلامة عناصر التجهيز فى المبنى " Bâtiment "

ولنشرع الآن فى بيان هذه المظاهر الثلاثة للخطورة بالقدر الذى يقتضيه المقام ، مع الإحالة فيما يمكن الإحالة بشأنه ، فيما يتعلق بالمظهرين الأول والثانى إلى ما سبق من دراسة لهما بمناسبة دراستنا للنطاق الموضوعى التقليدى لأحكام هذا الضمان أو المسئولية (٧٤) .

المظهر الأول : أن تكون الاضرار (أو العيوب) من الخطورة بحيث تعرض للخطر متانة العمل وسلامته (٧٥) .

والمقصود بالعمل هنا ، العقار المشيد فى مجموعه ، فلا يهم مكان الضرر أو العيب من هذا العمل (٧٦) ، سواء كان مستقر ذلك الضرر أو العيب فى العقار فى مجموعه ، أو فى جزء من أجزائه أو فى واحد أو اكثر من عناصر التكوين فيه " Les éléments constitutifs " أو عناصر التجهيز به " Les éléments d'équipement " ولا يهم كذلك شكل هذا الضرر أو العيب ولونه ، تهدم كلى أو جزئى ، تشققات ر أسية أو أفقية ، خلل فى الأساسات أو ميل فى الأعمدة ، إلى غير ذلك من الأضرار أو العيوب التى يمكن أن تظهر بالعقار بعد تسلمه ، إنما

---

٧٤ - راجع فيما سبق من ص ٧٩٠ : ص ٨٥٨

٧٥ - انظر فيما سبق من ص ٧٩١ : ص ٨١٧ وانظر فى نقد لفكرة التعريض للخطر متانة العمل وسلامته : مالنقوو جستاز: المقال السابق . بند ٢٩ ، والمرجع السابق . بند ١٤٠ ص ١٦٥، وبند ١٤٩ ص ١٧٥ .

٧٦ - جروسلييير : المقال السابق "Glossaire ..." ص ٤١٤ لفظ " Responsabilité décennale " بوبلى : المقال السابق . بند ٢٩ ص ٨ ، كاريلا : السابق . فصل I ص ٣٤ .

المقتضى الأساس فى كل هذا أن يكون من شان هذه الأضرار أو العيوب على اختلاف مواضعها وأشكالها أن تعرض للخطر متانة العمل المشيد وسلامته [(٧٧)] ، فإذا ما توافر هذا المظهر من الخطورة فى الأضرار أو العيوب ، كانت كفيلة بأن توقع المعمارى الذى قام بهذا العمل تحت طائلة أحكام المسئولية أو الضمان العشرى [(٧٨)]. وهذا هو ما تنص عليه المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى معدله بهذا القانون، إذ تقضى بأن كل معمارى يشيد عملا يكون مسئولا بقوة القانون أمام رب العمل و ... عن الأضرار التى تعرض للخطر متانة العمل وسلامته .

"Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit... des dommages...qui compromettent la solidité de l'ouvrage....."

ومفهوم المخالفة لهذا القول يقتضى التقرير بأنه إذا كانت الأضرار أو العيوب التى شابت العمل فى مجموعه تافهة ، أو حتى على قدر من الخطورة ، لكن لم يصل حد أن يعرض للخطر متانة العمل وسلامته ، فإنها لا تشكل بذلك نطاقا موضوعيا لتطبيق أحكام الضمان العشرى ، وإن خضعت لغير ذلك من أحكام ، أقلها القواعد العامة فى المسئولية العقدية .

---

٧٧ - مالنقووجستاز : الهامش الأسبق ، كاريلا : الهامش السابق "بوبلى : الهامش السابق ، وجروسلييز الهامش السابق والمقال "La réforme...." بند ٧ ص ١٣ .

٧٨ - ميشيل بييس : المقال السابق ص ١١ عمود ٢ .

وهذا المظهر من مظاهر الخطورة موافق لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ مدنى مصرى ، التى تنص على أن " يشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة (الضمان العشرى) ما يوجد فى المبانى أو المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته " مع ملاحظة دقة الصياغة المصرية فى هذا الخصوص عن الصياغة الفرنسية (٧٩) .

المظهر الثانى : أن تكون الأضرار (أو العيوب) من الخطورة بحيث تجعل العقار المشيد غير صالح لتحقيق غرضه .

إن المشرع الفرنسى ، باقتضائه تشريعيا لهذا المظهر من مظاهر الخطورة ، يكون قد قنن ما استقر عليه العمل عليه قضائيا (٨٠)، مؤيدا من الفقه (٨١) سواء فى نطاق القضاء المدنى ، أو القضاء الإدارى ، كما سبق أن بينا (٨٢) - غير عابئ بشأن هذه الفكرة (وهى فكرة جعل العمل

---

٧٩ - انظر ملاحظتنا السابقة ، ص ٧٠٤ ومابعدها فيما سبق

٨٠ - انظر ما سبق ذكره من قضاء من ص ٨١٩ : ص ٨٣٤ فيما سبق .

٨١ - على سبيل المثال : بريكمونت : السابق . بند ٦٠ ص ٦٢ ، كانتيلوب : السابق ص ٤٨ : ٥١ ، كاستون : السابق بند ٤٥٠ ص ٢١١ ، لابان : رسالته السابقة ص ١٤٠ .

٨٢ - انظر فيما سبق من ص ٨٢١ : ص ٨٣٤ ، وانظر فى هذا المعنى بوبلى : بند ٣٠ ص ٨ ، ياقوت : السابق بند ٥٢ ص ١٢٨ وما بعدها ، شكرى سرور : السابق - بند ٢٠٦ ص ٢٣٢ .

غير صالح لغرضه) من نقد من جانب بعض الفقه الفرنسي [٨٣]

ويختلف هذا المظهر عن سابقه من حيث درجة الخطورة في الأضرار أو العيوب ، وكذا من حيث مكان وجودها .

فأما من حيث درجة الخطورة : فلا شك أن هذا المظهر أقل درجة في خطورته من المظهر السابق ، ذلك أن الأضرار أو العيوب التي تسببه لا تكون على ذات المستوى من الجسامة بحيث تعرض للخطر متانة العمل وسلامته ، بل من مستوى أقل بحيث لا يترتب عليها سوى جعل هذا العمل غير صالح لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجل تحقيقه [٨٤] .

---

٨٣ - انظر من ذلك على سبيل المثال : فوسيرو : في مقالها السابق، ص ٢١ عمود١ ، حيث ترى أن هذه الفكرة أوسع من اللازم إذ تتسم بالعمومية وعدم التحديد ، مما يخشى معه أن يصبح تعبيرا مالوفا : تضطرد عليه أحكام القضاء تلقائيا فيفقد بذلك موضوعيته ، كما أنه يخشى أن تختلف تفسيرات القضاء لهذه الفكرة مما يؤدي إلى صدور أحكام مختلفة في مسائل متشابهة ، خصوصا وأن محكمة النقض لا رقابة لها في هذا الخصوص بل هو متروك للسلطة التقديرية المطلقة للقضاء الموضوعي . وانظر شكر سرور : السابق ، بند ٢٠٦ ص ٢٣١، ٢٣٢

٨٤ - مالنقوجستاز : المقال السابق ، بند ٣٠ ، ٤١ ، المرجع السابق : بند ١٤٠ ص ١٦٥ ، وبند ١٤٩ ، ١٥٠ ص ١٧٥ ، ١٧٦ جروسليير : المقال السابق "La réforme ..." بند ٧ ص ١٣ . بوبلي : المقال السابق . بند ٣٠ ص ٢٨، ٢٩ ياقوت المرجع السابق . الهامش الأسبق .

وأما من حيث المكان الذى تصيبه الأضرار أو العيوب ، فهو ليس العمل ككل أو فى مجموعه ، كما هو الحال فى الأضرار أو العيوب التى تسبب المظهر السابق ، وإنما تكون فى واحد أو أكثر من عناصر العمل التكوينية فيه ، أو التجهيزية به ، التى سبق بيانها [٨٥] . فهذه الأضرار أو العيوب عن طريق تأثيرها فى أحد هذه العناصر ، بنوعيها ، تحدث هذه النتيجة بالنسبة للعمل ككل ، وهى أن تجعله غير صالح لتحقيق غرضه [٨٦] .

---

٨٥ - وعندما يكون العنصرتجهيزيا لا يهم أن يشكل جسما غير قابل للانفصال مع بعض الأعمال فى العقار أم لا - مالنقووجستاز الهامش السابق ، وانظر عكس ذلك كاستون : المقال السابق ص ١٠٤ عمود ١ حيث يقرر "Si les éléments intéressant la fonction équipement se trouvent incorporés de façon indissociable dans des ouvrages de la structure, du clos ou du couvert, le choix entre les deux systèms dépendra de la gravité du dommage, droit commun de deux ans pour un dommage mineur et responsabilité décennale pour un désordre de nature à commprometter la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination"

٨٦ - جالشيه : المقال السابق "... La réfome" ص ٥٣ عمود ١ ؛ بوبلى : المقال السابق ، بند ٣٠ ص ٨ ، ٩ ، كاريلا : المرجع السابق فصل I ص ٣٤ ، جروسلبير : المقال السابق "Glossaire ..." ص ٤٠٣ ، ٤٠٤ لفظ "Équipement" ياقوت المرجع السابق ، بند ٥٢ ص ١٢٨ وما بعدها .

وهذا هو مقتضى صراحة المادة ١٧٩٢ مدنى معدلة بالقانون المذكور ، التى تقضى كما سبق القول بأن " كل مشيد عمل يكون مسئولا بقوة القانون أمام رب العمل و... عن الأضرار ... والتى عن طريق تأثيرها فى أحد العناصر التكوينية فيه (أى العمل) أو التجهيزية به ، تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشئ من أجله " "Tout constructeur d'un ouvrage est responsable en plein droit...des dommages...ou qui l'efféctant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination"

ومن الملاحظ هنا أن المشرع الفرنسى لم يقصد عنصرا معينا ولا طائفة معينة من العناصر ، ولم يتطلب فى هذا العنصر وضعا معينا كالارتباط ارتباطا لا يقبل الانفصال مع أحد الأعمال فى العقار المشيد، وإنما يعتد بإصابة أى عنصر من عناصر العمل سواء كان عنصرا تكوينيا ، أو عنصرا تجهيزيا ، مرتبطا بأحد الأعمال فى العقار ارتباطا لا يقبل الانفصال أم غير مرتبط . وكذلك لم يتطلب أن يكون هذا العنصر الذى شابه الضرر أو العيب فى عمل معين من الأعمال ، بل يصح أن يكون فى أى عمل من الأعمال بالعقار على إطلاق هذا اللفظ ، وطبقا للمفهوم الذى سبق أن أوضحناه بالنسبة للفظ عمل "ouvrage " الذى استبدله المشرع فى إصلاحه هذا لأحكام هذه المسئولية بلفظ بناء " édifice " الذى كان موجودا فى الصياغتين السابقتين (١٨٠٤، ١٩٦٧) للمادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى (٨٧) ، وذلك على عكس القيدين اللذين أتت بهما

٨٧- مالنفوجستار : المقال السابق ، بند ٣٠ والمرجع السابق بند ١٤٠ ص ١٦٥ ، كاريلا : المرجع السابق فصل I ص ٣٤ ياقوت: المرجع السابق بند ٥٢ ص ١٣٠ وما بعدها .

المادة ١٧٩٢-٢/المستحدثة حيث تطلبت هذه المادة فى فقرتها الأولى أن تكون عناصر التجهيز ، التى أثر الضرر أو العيب فى متانتها وسلامتها ، فى مبنى" Bâtiment " وان تكون جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال الواردة بنهاية الفقرة المذكورة . مما يشكل المظهر الثالث من مظاهر الخطورة هذه (٨٨) .

المظهر الثالث : أن تكون هذه الأضرار (أو العيوب) من الخطورة بحيث توثر على متانة وسلامة عناصر التجهيز بالمبنى Bâtiment (٨٩)

وهذا المظهر اقتضته المادة ١٧٩٢-٢ فقرة أولى مدنى المستحدثة بالقانون المذكور والتى نصت على أن " قرينة المسئولية المثبتة بالمادة ١٧٩٢ السابقة تمتد أيضا لتشمل الأضرار" des dommages " التى توثر فى متانة وسلامة عناصر التجهيز بالمبنى "d'un bâtiment" ولكن فقط تلك التى تشكل جسما غير قابل للانفصال " indissociablement corps " مع أعمال المنافع " de viabilité " ، أو الأساس de fondation ، أو الهيكل d'ossature ، أو السياج (السور) de clos ، أو المظلة de couvert (٩٠). وتبدو فى هذا المظهر سمات التجديد كاملة ،ذلك أن القانون السابق لم يكن يعرف لا فكرة التجهيز أو الإعداد ، ولا فكرة عدم القابلية للانفصال (٩١) .
وكذلك يختلف هذا المظهر عن سابقيه فى درجة الخطورة فى

---

٨٨ - جالشيه : المقال السابق "... .. La réforme" صـ ٥٢ عمود ١ ، ميشيل بييس : المقال السابق صـ ١٠ عمود ٢ .

٨٩ - انظر،فى بيان هذا المظهر،: مالنڤووجستاز : المرجع السابق : بندى ١٤٩ ، ١٥٠ صـ ١٧٥ ، ١٧٦ ، جروسليير : المقال السابق " Glossaire ... صـ٥٤ لفظ Responsabilité décennale
كاريلا : المرجع السابق : فصل I صـ ٣٥ .

٩٠ - انظر،فيما سبق،نص المادة المذكورة،صـ ٨٧٣ . هـ ٩ بها .

٩١ - بوبلى : المقال السابق بند ٣١ صـ ٩ .

الاضرار او العيوب التى تسببه وكذا فى مكان وجودها.

فأما عن درجة الخطورة : تطبيقا لنص المادة ١٧٩٢-٢ مدنى فرنسى سالفة الذكر، يكفى أن تكون الأضرار أو العيوب موثرة فى متانة وسلامة عناصر التجهيز بالمبنى Bâtiment ، ولم يتطلب المشرع أن تعرض للخطر متانة وسلامة هذه العناصر أو متانة وسلامة المبنى Bâtiment ككل أو العناصر التكوينية فيه، أو أن ترد العمل غير صالح لما أنشىء له من غرض . بل وحتى ليس كل العناصر التجهيزية به ، كما سيأتى بيانه حالا ، ولا متانة وسلامة مطلق عمل " ouvrage " كما تطلبت المادة ١٧٩٢ مدنى المعدلة بالقانون المذكور ، ولم يتطلب أيضا أن ترد الأضرار أو العيوب هذه العناصر أو المبنى Bâtiment أو مطلق عمل " ouvrage " أو العناصر التكوينية أو التجهيزية فى أى منهما غير صالحة لتحقيق غرض إنشائها ، وإنما كل ما تطلبه ، أن توثر فى متانة وسلامة عناصر التجهيز بالمبنى فقط ، وبصرف النظر هنا إذا كان هذا التأثير الذى ستحدثه فى هذه العناصر ، يعرض هذه الأخيرة للخطر أم لا ، أو يجعلها غير صالحة لتحقيق غرضها ، أم غير كذلك .

وعلى ذلك فمجرد تأثير هذه الأضرار أو العيوب فى عناصر التجهيز المعنية بالمبنى " Bâtiment " بل ودونما اعتبار لدرجة هذا التأثير وأهميته ، كاف لتطبيق أحكام هذه المسئولية العشرية عليها متى توافر إلى جانب ذلك باقى الشروط التى اقتضتها هذه الفقرة والمتعلقة بمكان وجودها [(٩٢)] .

وأما عن المكان الذى يجب أن تشوبه هذه الأضرار أو العيوب، وتؤثر فيه على الوجه الذى أبناه حالا فى الفقرة السابقة . فالنص يقتضى لتحديده ثلاثة أوصاف أو محددات :

---

٩٢ - انظر فى بيان ذلك : مالنفووجستاز : المقال السابق بند ٤٠ والمرجع السابق ، بندى ١٤٩، ١٥٠ صـ ١٧٥، ١٧٦، بوبلى: المقال السابق بند ٣٥صـ ١٠، كوستا : المقال السابق : ص ٣٧ عمود ٢ ، ميشيل بيبس: المقال السابق صـ ١١ عمود ٢ ، جروسليير المقال السابق "La réforme ..." بند ٨ صـ ١٤ .

١ - عناصر التجهيز ٢- فى مبنى Bâtiment ٣- مشكلة جسما غير قابل للانفصال مع واحد من الأعمال المذكورة فى آخر الفقرة(١)من نفس المادة .

فأما عن وجوب أن تكون فى عناصر التجهيز (٩٣) : فهذا نص فى استبعاد الأضرار أو العيوب التى تشوب غير هذه العناصر كعناصر التكوين أو الجزء من العمل أو العمل فى مجموعه ، إذ أن كل هذا لا يدخل فى مفهوم عناصر التجهيز التى عناها المشرع بهذا النص ولذلك وجب أن تصيب هذه الأضرار أو العيوب عناصر التجهيز هذه حتى تكون محلا لسريان أحكام هذه المسئولية العشرية (٩٤) .

هذا ولا يفوتنا أن نشير إلى اختلاف الصياغة بين المادة ١٧٩٢ مدنى معدلة ، والمادة ١٧٩٢ - ٢ مدنى فقرة أولى مستحدثة ، فيما يتعلق بخضوع عناصر التجهيز للمسئولية العشرية . ذلك أن المادة الأولى (م ١٧٩٢) تكتفى بأن يكون تأثير الأضرار فى أحد عناصر التجهيز "ou l'un des ses éléments d'équipement" فى حين أن المادة الثانية (م ١٧٩٢-٢/١) تقتضى ان يكون تأثير الأضرار او العيوب فى عناصر التجهيز "qui affectent la solidité des éléments d'équn." . فهل لهذا الاختلاف فى العدد ما بين صياغة كل من المادتين من أثر فى الموضوع، أم أنه مجرد اختلاف لفظى، لا أثر له موضوعيا ؟

يبدو أن هذه المغايرة اللفظية ليس لها تأثير على الموضوع ، بدليل أننا لم نجد أحدا من الفقه الفرنسى — ممن اهتم بشرح هذا القانون - قد تعرض لها ، لا تصريحا ولا تلميحا ، بل لقد وقفنا من كتابات بعض الفقه على ما يشير إلى عدم أثر هذه المغايرة فى الصياغة على الموضوع حيث يعدل هذا الفقه التعبير بلفظ المفرد

---

٩٣ - انظر، فى بيان المقصود بعناصر التجهيز، ص ٨٨٩ وما بعدها فيما سبق .

٩٤ - جروسليير : مقالة السابق "La réforme ..." بند ٨ ص ١٤ .

بالتعبير بلفظ الجمع عن هذه العناصر (٩٥) . بما مفاده - في رأينا - أنه لا يشترط أن يقع تأثير هذه الأضرار على عدد من عناصر التجهيز بالمبنى ، حتى تكون سببا لإعمال أحكام هذه المسئولية ، بل يكفي الأعمال هذه الأحكام أن يقع تأثيرها ولو على عنصر واحد فقط من هذه العناصر في المبنى " Bâtiment " متى كان هذا العنصر مشكلا جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المنصوص عليها في نهاية الفقرة الأولى من المادة المذكورة .

وأما عن وجوب أن تكون عناصر التجهيز هذه في مبنى Bâtiment (٩٦) ، فهذا نص أيضا في الاقتصار على هذه العناصر بوصفها هذا ، أي بكونها عناصر تجهيز في مبنى Bâtiment على وجه الخصوص ، وليس في بناء édifice ، أو مطلق عمل " ouvrage " وليس كذلك عناصر تكوين في أي من هذه الأنواع الثلاثة ، ولا كذلك في أجزاء منها ، ولا في مطلق أي منها ، بل لابد أن تكون الأضرار أو العيوب قد أثرت في عناصر التجهيز في مبنى " Bâtiment " (٩٧) .

---

٩٥ - جروسلبير : المقال السابق "... La réforme" بند ٨ ص ١٤ حيث يقول

"Donc la... les éléments d'équipement peuvent entrer dans le champ de la responsabilité décennale..... Toutefois, pour que la responsabilité puisse étre engagée, il faut que l'élément d'équipement considéré soit indissociablement lié à l'ouvrage et fasse corps avec lui"

٩٦ - انظر في بيان المقصود بفكرة المبنى " Bâtiment " المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ -٢ ص ٨٩٢ فيما سبق .

٩٧ - بوبلي : المقال السابق بند ٣٢ ص ٩ ، كوستا : السابق ص ٣٧ عمود ٢ ، جالشيه : السابق : ص ٥٣ عمود ٢ .

ولكن لماذا اقتصر المشرع الفرنسى على الأضرار التى تؤثر فى العناصر التجهيزية لمبنى " Bâtiment " فقط ، وعلى وجه الخصوص دون غيره من المنشآت العقارية الأخرى ؟

هذا فى الحقيقة ، ما لم يتعرض له المشرع الفرنسى بالبيان لا فى النص ولا فى الأعمال التحضيرية له (٩٨) . وهو ما أثار أيضا دهشة نفر من الفقه الفرنسى (٩٩) : بل وحتى هذا النفر لم يحاول استخلاص قصد المشرع من هذا التخصيص ، بل اكتفى بمجرد إبداء دهشته من هذا التخصيص الذى لم يجد له مخصصا ، غير أننا نرجح مع ذلك النفر أن المشرع أراد بذلك أن يقف بالتوسع الذى أدخلة بالمادة ١٧٩٢ - ٢ المستحدثة على نطاق تطبيق أحكام المسئولية العشرية عند حد عناصر التجهيز فى المبنى " Bâtiment " فقط دون غيره من الأعمال العقارية (١٠٠) .

---

٩٨ - مودرن : المقال السابق .M.T.P عدد يونيو ١٩٧٨ ص ٣٧ عمود ٣ .

٩٩ - جروسليير : السابق "... La réforme " بند ٨ ص ١٤ .

١٠٠- جروسليير : الهامش السابق ، حيث يقرر :
"On peut s'étonner cependant que ces solutions retenues que lorsqu'il s'agit d'un bâtiment. Le terme qui apparait dans l'alinéa premier du texte semble plus restrictif que celui d'ouvrage. Il apporterait ainsi une limite à l'extension que l'art. 1792-2 donne au domaine de la responsabilité décennale"

وأما عن الوصف أو المحدد الثالث والأخير للمكان الذى يجب أن تؤثر فيه الأضرار أو العيوب حتى تكون سببا لسريان أحكام هذه المسئولية العشرية ، فهو أن تكون عناصر التجهيز ، تلك التى شيبت بهذه الأضرار أو العيوب ، فوق كونها فى مبنى " Bâtiment " مكونة جسما غير قابل للانفصال (١٠١) "Indissociablement corps" مع أعمال المنافع العامة de viabilité أو الأساس de fondation أو الهيكل " d'ossature " أو السياج (السور) de clos أو المظلة de couvert

فإذا لم تكن عناصر التجهيز هذه مشكلة جسما غير قابل للانفصال مع واحد من هذه الأعمال . وبعبارة أخرى ، إذا كانت هذه العناصر التجهيزية التى أصابتها تلك الأضرار أو العيوب متصلة بواحد من هذه الأعمال لكنها ، مع ذلك ، تقبل الانفصال عنه دون تلف يلحق به ، خرجت عن نطاق تطبيق أحكام الضمان العشرى (١٠٢) .

١٠١- انظر فى بيان فكره عدم القابلية للانفصال، ص ٨٩٨ فيما سبق ، وانظر فى نقد هذه الفكرة ، وبأنها لست موفقة وليست منطقية ، مالنثووجستاز : المقال السابق بند ٣٧ ، ويرى الكاتبان إن تحديد مدة الضمان الذى يخضع له العنصر لا يلزم أن يرتبط بطريقة تركيبه ، بل بمدة حياة هذا العنصر، أو على الأقل بقيمة تكلفته . وانظر أيضا بند ٤١ من ذات المقال حيث سجل الكاتبان أسفهما لارتباط معيار عدم القابلية للانفصال بإرادة المعمارى ، وليس بطبيعة الأشياء . وانظر نفس هذا القول فى مرجعهما المذكور بند ١٤٦ ص ١٧٢ .

١٠٢- كاستون : المقال السابق ص ١٠٤ عمود ٢ ، بولى : المقال السابق بند ٣٤ ص ٩ ، ١٠ ، جالشيه : المقال السابق بند ٨ ص ١٤ ، مقاله السابق ص ٥٣ عمود ٢ ، كاربلا : المرجع السابق فصل [ص ٣٩ .

وإذا كان المشرع الفرنسى قد تطلب فى هذه العناصر أن تكوّن جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال التى ذكرها بنهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر ، إلا أنه لم يقتضِ أن تؤثر الأضرار أو العيوب فى هذا العمل الذى ترتبط به هذه العناصر، بل اكتفى لتطبيق أحكام هذه المسئولية بوقوع التأثير على هذه العناصر فقط ، دون شئ آخر (١٠٣) .

ولكن الفقه الفرنسى (١٠٤). ينتقد هذا التوسع فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام السمئولية العشرية ، وبسطها حتى على العناصر التجهيزية بالمبنى Bâtiment ، التى تتأثر متانتها وسلامتها فى حد ذاتها بالأضرار المعنية دون أن يكون لذلك تأثيره على العقار ذاته . ويرى أن هذا من شأنه أن يؤدى إلى التوسع بشكل ملحوظ - خلافا لما كان عليه الحال فى ظل معيار التمييز السابق بين الأعمال الكبيرة والصغيرة - فى تطبيق أحكام هذه المسئولية ، وإدخال بعض العناصر التجهيزية ضمن نطاق تطبيقها ، رغم أن هذه العناصر قد لا تصل مدة بقائها أو استمراها - طبقا للمجرى العادى للأمور - إلى عشر سنوات ، ويمثل لذلك بأعمال الديكور والدهان والتغطية بورق الحائط ، فهذه العناصر لا تتجاوز مده بقائها - فى أحسن الظروف -أزيد من ست سنوات(١٠٥) .

١٠٣- يوبلى : الهامش السابق ، كاريلا : المرجع السابق فصل ص ٣٥

١٠٤- على سبيل المثال: مالنقووجستاز : المقال السابق . بند ٣٥، كاستون : المقال السابق ص ١٠٤ : ١٠٦ والمرجع السابق بند ٤٧٩ ص ٢٢٣ . مودرن : المقال السابق M.T.P. عدد يونيو ١٩٧٨ ص ٣٧ عمود ٢ ، كوستا : المقال السابق ص ٣٧ عمود٢. "أشار إلى هذا النقد ،أيضا، من الفقة المصرى شكرى سرور بند ١٩٣ ص ٢٢٠ ومن الفقه الفرنسى كلود لومبوا: مقاله السابق ص ٣٢٣ عمود ٢.

١٠٥- كاستون : المقال السابق . ص ١٠٤ عمود ٢ ، مودرن: الهامش السابق ، أشار إليه ،أيضا،كوستا : الهامش السابق كلود لومبوا : الهامش السابق أيضا .

وإذا كان المشرع الفرنسي قد قيد ذلك التطبيق ، بوصف معين اقتضاه بالمادة ١٧٩٢- ٢ فقرة أولى وهو أن تكون هذه العناصر مشكلة مع أحد الأعمال المذكورة في نهاية الفقرة سالفة الذكر، كلاغير قابل للانفصال ، إلا أن الوصف بذاته غير كاف لاقصاء مثل هذه الحالات ، حيث إنه لا يتنافى مع طبيعتها ، إذ قد تكون هذه العناصر مكونة جسما لا يقبل الانفصال ، ولكنها - وطبقا لطبيعتها - لا تدوم لمدة عشر سنوات .

كذلك فإن مسألة عدم القابلية للانفصال مسألة واقع ، يفصل فيها قضاة الموضوع طبقا لظروف وملابسات كل حالة على حدة ، بمقتضى مطلق سلطتهم التقديرية في ذلك ، مما قد يختلف فيه الحل من قضية إلى أخرى ، وأخيرا فإن الصناع الذين يقومون بإنتاج هذه العناصر سابقة التجهيز ، سوف يلجأون - بهدف الهروب من أحكام هذه المسئولية - إلى إنتاجها بصورة تقبل معها الانفصال - دون تلف أو إضرار - عما تلتحم به من أعمال أخرى أو عناصر تكوينية في المبنى (١٠٦) .

---

١٠٦ - مودرن : المقال السابق : M.T.P عدد يونيو ١٩٧٨ ص ٣٧ عمود ٢ ، مالنفووجستاز . مقالهما السابق بند ٤٢ ، كوستا : المقال السابق . ص ٣٧ عمود ٢ ، بوبلي : المقال السابق بند ٣٧ ص ١٠ .

المطلب الثالث : تقديرنا لمدى تأثير القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ على النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية أو الضمان العشرى ، ثم مقارنة هذا النطاق الموضوعى فى ثوبه الجديد ، فى فرنسا بمثيله فى مصر .

نبذه أولى : تقديرنا لمدى تأثير القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ على النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية أوالضمان العشرى .

أوضحنا فى المطلب الأول من هذا الفرع (١٠٧) ، كيف امتدالنطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية العشرية تشريعيا ، على المستوى الأفقى ، ليشمل كل عمل عقارى تتدخل يد الإنسان فى تصنيعه أو تشييده ، أو تركيبه ، أو ترميمه ، أو تعليته ، أو توسعته أو اعادة بنائه ، ومهما اختلف الغرض المراد تحقيقه من وراء هذا العمل ، للسكن أو للتعليم أو الاستشفاء ، أو السير أو التخزين، أو حفظ المياه ، أو للاستعمال التجارى أو الصناعى أو الزراعى إلى غير ذلك من الأغراض المختلفة ، كل ذلك كان نتيجة استعمال المشرع الفرنسى لكلمة " ouvrage "(١٠٨) بدلا من كلمة " édifice " التى ظل المشرع أمينا لها ردحا طويلا من الزمن ، مصرا على استعمالها حتى بعد تعديله للمادة ١٧٩٢ سالفة الذكر بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سابق البيان (١٠٩) .

---

١٠٧ - انظر فيما سبق من ص ٨٨١ : ص ٨٩٨ .

١٠٨ - فى المادة ١٧٩٢ معدلة بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨والمادتين ١٧٩٢ -٢ ، ١٧٩٢-٤المستحدثتين بذات القانون .

١٠٩ - انظر نص هذه المادة فى صياغتيها السابقتين هامش ٢ ص ١٣٣ وهامش ٦ ص ١٣٤.

كذلك أوضحنا فى المطلب الثانى من ذات الفرع أيضا [١١٠] كيف مد المشرع الفرنسى ذات النطاق محل الدراسة ، على المستوى الرأسى وجود ليضم بين أكنافه كافة الأضرار التى تلحق رب العمل من جراء وجو عيوب معتبرة فى العمل المحقق ، بدءا من تهدمه كليا أو جزئيا [١١١] ، إلى تعريض متانته وسلامته للخطر ، إلى إخراجه عن دائرة تحقيق غرضه الذى أقيم من أجل الوفاء به [١١٢] ، ثم أخيرا إلى التأثير فى متانة وسلامة عناصر التجهيز بالمبنى " Bâtiment " شريطة أن تشكل هذه العناصر جسما غير قابل للانفصال مع بعض الأعمال الأخرى [١١٣] .

كما أشرنا فى أكثر من موضع [١١٤] ، إلى أن المشرع الفرنسى - بالإضافة إلى ما استحدثه من أحكام اقتضاها تطور الحياة الاجتماعية وتطور فن المعمار فى حاضره ومستقبله [١١٥] - قد قنن ما كان قد استقر عليه العمل قضائيا ، مؤيدا من الفقه ، من نطاق موضوعى

١١٠- راجع فيما سبق من ص ٨٩٩ : ص ٩٢١ .

١١١- وهو ما كان يقتصر عليه الحال تشريعيا قبل هذا التدخل التشريعى الثانى محل الدراسة بهذا الفرع .

١١٢- انظر المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى معدلة بالقانون ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر .

١١٣- انظر المادة ١٧٩٢ -٢ فقرة أولى مستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ المذكور .

١١٤- راجع ص ٨٠٠ ، ص ٨١٨ ، ص ٨٦٩ فيما سبق .

١١٥- مثل الحالة المنصوص عليها بمقتضى المادة ١٧٩٢-٢ فقرة أولى سالفة الذكر .

لتطبيق أحكام هذه المسئولية العشرية ، سواء كان ذلك على المستوى الأفقى ، أو على المستوى الرأسى ، مما يدل بوضوح على أن القضاء الفرنسى كان أسبق من مشرعه فى ملاحقة ركب الحضارة ، مطوعا بذلك ما بين يديه من نصوص ، ومفسرا إياها التفسير الذى يحقق للقانون تلك الملاحقة .

وإلى هنا فليس ثمة تجديد حقيقى أو اتساع فعلى ، فى الواقع العملى الملموس ، فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية العشرية ، وإنما هو - إن صح التعبير - مجرد إقرار تشريعى لذلك الذى نادى به الفقه ، وطبقه القضاء ، ودرج عليه العمل ، أو هو ، بعبارة أخرى ، إقرار تشريعى للتوسع القضائى فى نطاق تطبيق هذه الأحكام ، وذلك حتى يواكب النظر العمل ،ويتحقق التوافق والتلاؤم فى مجال القانون نصا وتطبيقا .

أما الاتساع الفعلى والحقيقى الذى استحدثه المشرع الفرنسى فى مجال النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية العشرية ، أو الضمان العشرى ، فيكاد - فى تقديرنا - ينحصر فيما نصت عليه المادة ١٧٩٢-٢ فقرة أولى منها سالفة الذكر ، من امتداد قرينة المسئولية المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ إلى الأضرار أو العيوب التى تؤثر فى متانة وسلامة العناصر التجهيزية بالمبنى " Bâtiment " وعموم النص يقتضى القول بخضوع هذه الأضرار ، أو بالأصح العيوب،لأحكام المسئولية العشرية متى كان لها هذا الأثر ، حتى ولو لم تتمثل - باعتبارها أضرارا - فى تهدم كلى أو جزئى فى العقار ، أو تهديد لمتانته وسلامته ، أو حتى رده غير صالح لتحقيق الغرض من إنشائه .

وإذا وضعنا فى الاعتبار قلة هذه العناصر التجهيزية التى تدخل فى مفهوم هذا النص مما لم يكن يعتبر من الأعمال الكبيرة التى كانت تخضع لأحكام هذه المسئولية العشرية ، طبقا لمعيار التمييز الذى كان سائدا قبل هذا القانون الجديد ، والتى كانت تعتبر من الأعمال الصغيرة فتسرى عليها أحكام الضمان الثنائى المستحدث - تشريعا أيضا بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر (١١٦) . نقول : إذا وضعنا فى الاعتبار هذا وأضفنا إليه ما اشترطه المشرع الفرنسى فى المادة ١٧٩٢ -٢ فى فقرتها الأولى سالفة الذكر من ضرورة أن يكون التأثير فى عناصر - أو عنصر - التجهيز ، وأن يكون منصبا فقط على متانتها وسلامتها ، وأن تكون هذه العناصر - أو هذا العنصر - فى مبنى Bâtiment وأن تكون مشكلة جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المذكورة فى نهاية الفقرة .

إذا وضعنا فى الاعتبار كل هذا لتبين لنا مدى ما استحدثه المشرع الفرنسى فعلا بهذا القانون ، من توسيع فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام المسئولية العشرية بالقياس إلى ما تم بذات القانون من بسط لأحكامها على عدد كبير من الأشخاص ممن يساهمون فى هذا المجال من النشاط الإنسانى (١١٧) .

نبذه ثانية : مقارنة النطاق الموضوعى لأحكام المسئولية العشرية فى ثوبه الجديد فى فرنسا، بمثيله فى مصر .

---

١١٦ - راجع فيما سبق تفصيل ذلك من صـ ٨٨٨ : صـ ٨٩٨.

١١٧ - راجع ما قدمناه من دراسة بالنسبة للنطاق الشخصى لتطبيق أحكام المسئولية العشرية من صـ ٤٦٩ : صـ ٥٥٤ فيما سبق .

إذا كان صحيحا ما قيل بأن ما استحدث تشريعيا من توسع في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام الضمان العشري بمقتضى القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ ، يعد ضئيلا إذا ما قيس بما أقر تشريعيا بذات القانون ،مما كان قد استقر عليه العمل قضائيا ، قبل سريان هذا القانون ، إلا أننا إذا ما قارنا بين جماع هذا وذاك ، وبين ما عليه الحال ، في هذا الخصوص ، في القانون المدني المصري لتبين لنا مدى ما بين النطاقين من كبير فرق .

ويحسن أن نذكر بنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٦٥١ مدني مصري اللتين تحددان النطاق الموضوعي لتطبيق ما تقرر بهذه المادة من أحكام ، حتى تبدو الرؤية واضحة ، وتتبدى الفروق بينة

تقضي الفقرة الأولى من المادة المذكورة بأن " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، ذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها ..... "

كما تقضي الفقرة الثانية من ذات المادة بان " يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته "

إن نظرة سريعة في هذا النص لتنبئ بوضوح أن ليس ثمة فارق بين النظامين فيما يتعلق بالأعمال التي تشكل محل ورود أحكام هذه المسئولية أو الضمان العشري، ذلك أن مقتضى عموم النصوص في كل من النظامين واحد ، فهو متعلق بكل أعمال " الإنشاءات العقارية التي يباشرها من يعمل في هذا المجال من النشاط ، مهندسا كان أو مقاولا ، أو غير ذلك من الفنيين المتخصصين المتدخلين مباشرة ، أو بطريق غير مباشر في هذا المجال ، مهما اختلفت أشكال وألوان هذه الإنشاءات العقارية ، وأماكن قيامها ، وأغراض إنشائها (١١٨) .

---

١١٨ - راجع ما سبقت دراسته، من محل لورود أحكام هذه المسئولية . من ص ٦٤٩ : ص ٦٩٤ ومن ص ٨٨١ : ص ٨٩٨ فيما سبق .

إذا كان الأمر كذلك فيما يتعلق بالأعمال التى تشكل محل ورود أحكام هذه المسئولية أو الضمان العشرى ، فإن الأمر يبدو جد غير ذلك فيما يتعلق بالأضرار أو العيوب التى تشكل سبب تطبيق هذه الأحكام . ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥١مدنى مصرى سالفة الذكر ، تجعل سبب تطبيق أحكام هذا الضمان هو حدوث تهدم كلى أو جزئى فى الأعمال المذكورة بها . كما تجعل الفقرة الثانية من ذات المادة هذا التطبيق منوطا بوجود عيوب فى البناء أو غيره من المنشآت الأخرى يترتب عليه تهديد متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر وسلامته .

ومفاد ذلك أن تطبيق أحكام هذا الضمان فى النظام القانونى المصرى رهن بأحد أمرين : إما حدوث تهدم كلى أو جزئى فى البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، أو ظهور عيب به يترتب عليه تهديد متانته وسلامته .

فى حين أن تطبيق أحكام هذا الضمان أو هذه المسئولية فى النظام القانونى الفرنسى بعد تعديلها بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ سالف الذكر ، منوط - كما رأينا فى النبذة السابقة (١١٩) بحدوث أضرار أو - إن شئنا الدقة (١٢٠) - بوجود عيوب فى العمل المنشأ يترتب عليها تهديد متانته وسلامته ، سواء تمثل ذلك فى مجرد التهديد لمتانة العمل وسلامته ، أو تمثل فى حدوث تهدم فعلى ، كليا كان هذا التهدم أو جزئيا ، أو تمثل فى أن أصبح العمل المشيد غير صالح لتحقيق الغرض من إنشائه . وذلك - فى هذه الحالة الأخيرة - عن طريق

١١٩- راجع فيما سبق من ص٨٩٩ : ص ٩٢١ .

١٢٠- راجع ملاحظتنا السابقة ، فى عدم دقة استعمال المشرع الفرنسى للفظ الأضرار des dommages فى هذا الخصوص وأنه كان الأولى استعمال كلمة عيوب "des vices" ص ٩٠٣ فيما سبق .

تأثير هذه الأضرار ، أو العيوب ، فى أحد العناصر التكوينية فيه أو التجهيزية به [١٢١]. أو أنها توثر فى متانة وسلامة عناصر التجهيز فى المبنى Bâtiment تلك العناصر التى ترتبط ارتباطا غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المنصوص عليها ، بنهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ مدنى مستحدثة بذات القانون [١٢٢] .

وبتقريب هذا النطاق من ذاك ، يبدو واضحا أن الأضرار أو العيوب التى ترد العمل المنشأ غير صالح للوفاء بما خصص له من غرض ، (م ١٧٩٢ مدنى معدلة) وكذلك تلك التى توثر فى متانة وسلامة عناصر التجهيز بالمبنى Bâtiment وليس متانة وسلامة العقار المشيد ذاته (م ١٧٩٢ -٢ / ١ مستحدثة) نقول : يبدو واضحا من ذلك ،أن هذه وتلك من أضرار ، أو عيوب ، تخرج عن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية طبقا للقانون المدنى المصرى ، فى حين تدخل فى هذا النطاق فى ظل أحكام القانون المدنى الفرنسى بعد تعديله الأخير بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ من يناير سنة ١٩٧٨ . وفى هذا القدر ينحصر فى تقديرنا - الفرق ما بين النظامين القانونيين المصرى والفرنسى فيما يتعلق بالنطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية [١٢٣] .

١٢١- انظر المادة ١٧٩٢ مدنى معدلة بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ .

١٢٢- راجع ،فيما سبق،من ص ٩١٤ : ص ٩٢١ .

١٢٣- انظر فى هذا المعنى : ياقوت : المرجع السابق بند٥٢ ص ١٣٣ وخصوصا هامش ٣١٣ بها .

الباب الثالث
الضمانات المستحدثة تشريعيا في نطاق أحكام المسؤولية الخاصة في القانون المدني الفرنسي

"الباب الثالث"

الضمانات المستحدثة تشريعيا [1] في نطاق أحكام المسئولية الخاصة في القانون المدني الفرنسي

تمهيد وتقسيم :

لم يكتف المشرع الفرنسي بما أدخله - بتعديليه التشريعيين المتتاليين سالفي الذكر لنص المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدني فرنسي - من توسع في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة" التي كانت متمثلة في الضمان العشري فقط ، بل أنشأ يقرر ضمانات أخرى تكميلية [1 مكرر] لذلك الضمان أو المسئولية العشرية، تعالج ما خرج عن نطاقها ، وتلم ما شرد من أحكامها ، وتولف معها نظاما متكاملا لهذه المسئولية الخاصة بالمعماريين في ثوبها الجديد.

والمشرع الفرنسي بإدخاله لهذه الضمانات في نطاق التقنين المدني الفرنسي ، لم يوجدها من العدم ، ولم يأت بها من فراغ ، ولم تكن من شطحات أهوائه أو من بنات أفكاره ، بل لقد كانت قبل أن يقررها تشريعيا ، تعيش الواقع العملي الملموس، وتستنشق نسيم الحياة اليومية مع الأفراد والجماعات في معاملاتهم، ويقضي بها القضاء الفرنسي استنادا إلى أن العقد شريعة عاقديه ، سواء طبقا لصريح عباراته ، أو استجلاء لروح هذه العبارات وسعيا وراء مقاصد الأطراف منها .

١- أطلقنا عليها " الضمانات المستحدثة تشريعيا " لأنها كانت - وكما سيأتي بيانه - موجودة على الساحة العملية وتجري في المعاملات بين الأفراد والجماعات .

١- مكرر - جروسلبير : مقاله السابق"... La réforme " بند١٣ ص١٧٠.

والمشرع الفرنسي ، وقد قرر تشريعيا - كما قلنا حالا - هذة الضمانات المستحدثة لم يقررها دفعة واحدة ، أو في تعديل تشريعي واحد ، بل خضع في تقنينها تشريعيا لمتطلبات العمل ، ومقتضيات الحياه ، وحاجة التعامل ، وهكذا قرر أولا بتدخله التشريعي الأول ما سمي بضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائي بالمقابلة لضمان الأعمال الكبيرة أو الضمان العشري . ثم قرر ثانيا ، بتدخله التشريعي الثاني ، ما أسميناه بضمان كفاءة الأداء ، أو ضمان انتظام العمل "La garantie de bon fonctionnement" ولمدة زمنية بحد ادنى سنتين ليحل - بعض الشيء - محل ضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائي سالف الذكر ، كذلك قرر بنفس التدخل ما سمي بضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي "La garantie de parfait achèvement".

وعلى ذلك ، فتنسيقا للبحث وتسهيلا للعرض ، نرى تناول هذه الضمانات طبقا للتسلسل الزمني الذي دخلت به حيز الحياة التشريعية بعد أن كانت قاصرة على حيز الحياة العملية ، فندرس في فصل أول : ضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائي المقرر بمقتضى القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ في ٣ من يناير سنه ١٩٦٧ سالف الذكر ، ثم في فصل ثان : ندرس ما تقرر بموجب القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ في ٤ من يناير سنه ١٩٧٨ من ضمانات .

الفصل الأول : ضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائي المستحدث بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ .

الفصل الثاني: الضمانات المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ .

---

٢ - ونقول بعض الشيء، لأنه لم يرثه موضوعيا في كل نطاقه ، فقد رأينا، فيما سبق،كيف أن بعضا من هذا النطاق قد دخل ضمن نطاق تطبيق الضمان العشري أو المسئولية العشرية . انظر فيما سبق ص ٨٧٧ وهـ ١٩ بها وكذا من ص ٩١٤ : ص ٩٢١ .

"الفصل الأول"

ضمان الأعمال الصغيرة [1] أو الضمان الثنائي (١ مكرر)

"La garantie biennale"

المقرر بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧م

تمهيد وتقسيم :

تقضى المادة ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى، بعد تعديلها بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ فى ٣ من يناير ١٩٦٧، سالف الذكر، بما يأتى " يكون المهندسون المعماريون والمقاولون وغيرهم من الأشخاص الذين يرتبطون مع رب العمل بعقد إجارة عمل (عقد مقاولة) متحررين من ضمان الأعمال التى أقاموها ، أو أداروا عملية إقامتها ، وذلك بعد انقضاء عشر سنوات بالنسبة للأعمال الكبيرة وسنتين بالنسبة للأعمال الصغيرة [2] " .

---

١ – هذه التسمية باعتبار نشأته الاولى فى طوره القضائى حيث كان يعرف بالاضافة الى موضوعه باعتبار ان المدة لم تكن محددة بأجل معين .

١مكرر– هذه التسمية مأخوذه من نص المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى بعد تعديلها بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ حيث جددت تشريعيا مدة هذا الضمان بسنتين .

٢ – المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى بعد التعديل :

Art. 2270 (L. 67-3 du 3 janv. 1967) "Les architectes entrepreneurs et autres personnes liées aux maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés après dix ans s'il s'agit de gros ouvrages, après deux ans pour les menus ouvrages"

ولنا على هذا النص ملاحظة شكلية : ذلك أنه أنشأ فى نطاق أحكام هذه المسئولية الخاصة، تقادما جديدا مدته سنتان دون أن يبين - جريا على سنن الماضى[٣] - تاريخ بدء سريان مده هذا التقادم المستحدث[٤] بهذا التعديل . كذلك أن هذا التقادم - رغم أنه تقادم ثنائى - أدرج ضمن القسم الثالث للتقادم الذى مدته عشر سنوات أو عشرون سنة ، فى حين كان مكانه الطبيعى هو القسم الرابع الخاص بباقى الأنواع الأخرى الخاصة من التقادم ، فيما دون النوعين السابقين مدة[٥] . وكان بإمكان المشرع الفرنسى أن يلتزم بمنهجيته فى الترتيب والتنسيق التى سار عليها ، فيما يتعلق بأنواع التقادم ، ويدرج هذا النوع الجديد ، وبنص خاص فى مكانه الطبيعى ، بين الأنواع المختلفة للتقادم ، ولكن يبدو أن المشرع الفرنسى قد غلب فى هذا الخصوص عامل الموضوع على عامل الشكل والترتيب ، أو أراد أن يعطى إشارة إلى رغبته فى إخضاع هذا الضمان المستحدث - فيما عدا ما خص به من أحكام - لذات النظام القانونى الذى يخضع له الضمان العشرى[٦] .

٣- انظر، فيما سبق، من ص ٣٤٧ : ص ٣٥١ .

٤- صحيح أنه أبان ذلك فى المادة ٨ من المرسوم رقم ١١٦٦ فى ٢٢ من ديسمبر ١٩٦٧ (انظر نصها فيما سبق هامش ٩ ، ص ١٤٤) إلا أنه كان من الأنسب البيان هنا خصوصا وأن هذا المرسوم خاص بالمبانى التى تشيد بقصد السكنى وما شاكلها فقط .

٥- انظر، فى نفس المعنى / لابان : رسالته السابقة ص ١١٥ .

٦- قرب لابان : الهامش السابق .

أما من حيث الموضوع ، فإننا نلاحظ أن هذا الضمان الجديد الذى استحدثه المشرع الفرنسى بتعديله لنص المادة ٢٢٧٠ مدنى بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ على هذا النحو ، لا يتميز عن الضمان العشرى الذى كانت تنص عليه كل من المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى قبل تعديلهما بالقانون المذكور ، إلا فى أمرين هما : موضوع الضمان، ومدته . فبينما كان الضمان العشرى - ولا يزال - مختصا بالأعمال الكبيرة ، فى البناء أو المنشآت العقارية الأخرى ، ولمدة عشر سنوات - كما سبق البيان (٧) - استحدث هذا الضمان ليختص بالأعمال الصغيرة ولمدة سنتين فقط .

أما فيما عدا ذلك من أحكام ، فلا يكاد نص المادة ٢٢٧٠ المعدلة سالفة الذكر ، يوحى بأن هناك اختلافا فى الأحكام بين هذا الضمان والضمان العشرى، الذى سبق بيان أحكامه ، سواء فيما يتعلق بالنطاق الشخصى ، أو غير ذلك من الأحكام التى تنظم ذلك الضمان ، وتضبط تطبيقه ، ونتيجة لذلك ، ففيما عدا ما يتعلق بالنطاق الموضوعى لضمان الأعمال الصغيرة ، ومدته ، فإننا نحيل بشأنه إلى ما سبق بيانه من أحكام للضمان أو المسئولية العشرية ، وذلك تجنبا للتكرار والإطالة من غير مبرر .

وعلى ذلك فإننا نقتصر فى دراستنا لهذا الضمان على النطاق الموضوعى المتمثل فى الأعمال الصغيرة ، التى لم يشملها نطاق تطبيق الضمان أو المسئولية العشرية ، وكذلك فى المدة التى قررها المشرع الفرنسى كشرط لسريان أحكام هذا الضمان على أن يكون كل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول : الأعمال الصغيرة " Les menus ouvrages "
(موضوع الضمان الثنائى)

المبحث الثانى: المدة كشرط لإعمال ضمان الأعمال الصغيرة (الضمان الثنائى)

---

٧ - راجع فيما يتعلق بالأعمال الكبيرة من ص٦٤٩ : ص ٦٩٤ فيما سبق . وفيما يتعلق بالمدة من ص ٢٨٥ : ص ٣٩٤ فيما سبق أيضا .

المبحث الأول

الأعمال الصغيرة Les menus ouvrages (موضوع الضمان الثنائى)

مر تحديد المقصود بفكرة الأعمال الصغيرة بمرحلتين : مرحلة ماقبل قانون ٣ من يناير ١٩٦٧ ومرحلة ما بعد صدور هذا القانون وسريانه ، وحتى تاريخ سريان القانون رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ . وعلى ذلك سوف نعرض لبيان المقصود بهذه الأعمال الصغيرة فى كل مرحلة على حدة ، على أن يكون بيان كل مرحلة من هاتين المرحلتين فى فرع مستقل .

الفرع الأول : الأعمال الصغيرة قبل قانون ٣ من يناير سنه ١٩٦٧

بينما تكلمت المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى - وهى تقرر الضمان العشرى، وتبين شروطه وأحكامة - عن البناء "L'édifice" اقتصرت الماده ٢٢٧٠ مدنى فرنسى أيضا - وهى تقرر تقادم دعوى الضمان الذى سبق تقريرة بالمادة السابقة - على ذكر الأعمال الكبيرة فقط " Les gros ouvrages " وعلى ذلك فلم يتعرض مشرع ١٨٠٤ لذكر الأعمال الصغيرة بله لتعريفها .

اما عن القضاء الفرنسى - فيما قبل القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر - فلم يكن ليهمة أيضا أن يتعرض بالتحديد للأعمال الصغيرة أو أن يضع لها تعريفا . ذلك أنه كان جل همة هو . تعيين وتحديد الأعمال الكبيرة ، التى هى مجال تطبيق الضمان العشرى المنصوص عليه بالمادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى ، ولقد رأينا كيف وضع المعايير المختلفة لتحديد هذه الأعمال(١). اما الاعمال ، الصغيرة ، فلما كان أمرها منوطا بالقواعد العامة ، فقد تركت دون تعيين أو تحديد .

---

١ - راجع، فيما سبق، من ص ٦٥٢ : ص ٦٥٥ .

ولقد اجتهد بعض الفقة الفرنسى فى أن يعرف الأعمال الصغيرة ، بطريق مفهوم المخالفة للمعيار الذى وضعه القضاء الفرنسى لتعيين الأعمال الكبيرة (٢) ، فقرر على أنها "كل الأعمال فيما عدا هيكل البناء ذاته أو الأجزاء الرئيسية فيه". وقسمها إلى ثلاثة أقسام (٣):

الأول : الأعمال المتعلقة بالأجزاء أو بالعناصر الثانوية فى العمل الكبير . مثل أعمال الزجاج العادية ، أو التى تمثل طابعا خاصا فى البناء (٤) ، وكذلك التبليط ، أو وضع بلاط الأرضيات على الأقل تلك التى لا تشكل جسما واحد مع المواد التى تحتها . وكذلك كل أعمال التكسيات المختلفة ، مثل التغطية الخارجية بالصفيح والألومنيوم (٥) .

---

٢ - إذ عرفها القضاء الفرنسى على أنها الأعمال التى تشكل هيكل البناء ذاته أو الأجزاء الرئيسية . راجع الهامش السابق .

٣ - كانتيلوب : المرجع السابق ، ص ٤٢ وما بعدها .

٤ - مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٤٨/٧/١ مع ليبون ص ٣٢٠ A.J.Ed.T. ١٩٥٠ -٢ ص ١٦٤ . وبالنسبة لعمل واجهة لمحل تجارى . انظر إمبان فى ١٩٧١/٥/٢٩ د. الدورى ١٨٧١-٢ص-١٧١، سيرى ١٨٧١-٢ ص ٢ .

٥ - بمناسبة تغطية أو تكسية بالصفيح أو الألومنيوم ، نيم فى ١٩٥٩/٤/٣٠ د. ١٩٦٠ ص ١٩٩ ، سيرى ١٩٦٠ ص ١٢٥ وبمناسبة تركيب أرضية خشبية Parquet دون فواصل sans joints تسمح بتقبل تمدد الأخشاب مما يؤدى إلى تقوس هذه الأرضيات . باريس فى ١٩٥٩/١١/٢٠ د. الأسبوعى ١٩٦٠ ص ١٩٨ ، سيرى ١٩٦٠ ص ١٢٣ وبمناسبة تركيب سىء لأرضيات من الكاوتشوك - نقض مدنى فى ١٩٦٠/١١/٨ ، د. ١٩٦١ الموجز ص ٢٧ . G.P. ١٩٦٠ -١ ص-٦٣ ، وبمناسبة تغطية بئر سلم revèlement d'une cage d'escalier نقض مدنى الدائرة الأولى فى ١٩٦٠/١/٢٥ و رقم ٦٠ ص ٤٠ .

الثانى : الأعمال التبعية أو التكميلية ، حتى ولو كانت مخصصة لأعمال كبيرة ، مثل أعمال التمليط والتجصيص [٦] ، Travaux de ravalement " وكذلك أعمال الدهانات أو الطلاءات [٧] .

الثالث : كل التركيبات التكميلية تعتبر من الأعمال الصغيرة ، لأنها لا تشكل مع البناء جسما واحدا لا يقبل الانفصا ، كما أنها عادة ما تكون من طبيعة منقولة ، وبهذه الصفة تخرج عن نطاق تطبيق الضمان العشرى ، من ذلك على سبيل المثال تركيبات أجهزة التدفئة أو التسخين المركزية [٨]، وذلك إذا كانت هذه التركيبات لا تكون مندمجة مع العمل الكبير، وهو ما سيكون الأمر الغالب ، تبعا لأهمية هذه التركيبات الحديثة [٩] . وكذلك التركيبات المتعلقة بالنواحى الصحية بشرط - كما هو الحال فى التركيبات السابقة - أن تكون الأجهزة منفصلة ، قابلة للفك بسهولة ، ودون أن تؤثر فى هيكل البناء ذاته أوالأجزاء الرئيسية فيه [١٠] . وأيضا تثبيت هوائى (إريال) التليفزيون ،أو تركيب مصعد ..... الخ [١١]

٦- نقض مدنى فى ١٩٥٨/١/٤ سابق ، A.J.D.A ١٩٥٨ -٢ صـ ١١٣ بمناسبة تغطية واجهة بناء بالبلاط أو الجص .

٧- فرساى الإدارية ١٩٥٨/١١/١٣ A.J.D.A ١٩٥٨ -٢ صـ ٣٣٢، نقض مدنى ٦٧/٥/٢٩ غير منشور ، مذكور فى بوبلى ط ١٩٧١ هامش ٦٤١ صـ ١٩٦ .

٨- نقض مدنى ١٩٥٨/٥/١٩ سابق ، س اكس فى ١٩١٠/٢/١٧ د - الدورى ١٩١٠ - ٢ صـ ٣٨ .

٩- مجلس الدولة الفرنسى ١٩٥٤/١٢/١٩ مع ليبون الفهرس صـ ١٥٨٢ .

١٠- انظر بالنسبة لأعمال الرصاص نقض مدنى ١٩٤٦/١٠/٢٢ J.C.P. ١٩٤٧ -٢-٣٤٨٢ تعليق روديير ، G.P. ١٩٤٧-١ صـ ١٨ ، س روان فى ١٩٦٦/١٠/٢٥ G.P. ١٩٦٧-١ صـ ٥١ . وبالنسبة "لشاليه" قابل للنقل بسهولة كوتانس الجزئية فى ١٩٢٥/٢/١٤ د . ١٩٢٥-٢ صـ ١٤٠

١١- نقض مدنى فى ١٩٦٢/٥/٧ J.C.P. ١٩٦٢ -٤ صـ ٩٦ .

وعلى كل حال ، فإن تحديد عناصر العمل الصغير وتعيينه ، وتقدير ما إذا كان يعد عملا صغيرا أم لا ، كان قبل صدور قانون ٣ من يناير سنه ١٩٦٧ المشار إليه ، يدخل في حدود السلطة التقديرية المطلقة لمحكمة الموضوع ، تقدره في حدود معطيات كل دعوى وظروفها الخاصة بها (١٢) .

لذلك فإن القضاء الفرنسي ، إزاء التطبيقات المختلفة والشديدة التباين ، لم تتفق كلمته على وضع حد فاصل ، أو معيار ثابت ودقيق بين ما يعتبر عملا كبيرا فيخضع لأحكام الضمان العشرى وما يعتبر من الأعمال الصغيرة ، التى لا تسرى عليها هذه الأحكام (١٣) .

ولذلك نجد أعمالا بينا تعتبرها بعض المحاكم من قبيل الأعمال الكبيرة ، إذا بمحاكم أخرى تعتبرها أعمالا صغيرة . فبينما اعتبرت محكمة إميان وضع واجهة لمحل تجارى عملا صغيرا لا تخضع لأحكام المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول ، وبالتالى تحرر هذان المعماريان من المسئولية بمجرد التسلم (١٤) . إذا بمحكمة أخرى تعتبر هذا العمل من الأعمال الكبيرة التى تخضع لأحكام المسئولية العشرية ، بحيث لا يتخلص من قام بوضع هذه الواجهة من المسئولية عما يحدث بها من تهدم كلى أو جزئى أو يظهر بها من عيب معتبر إلا بمرور عشر سنوات على تاريخ تسلمها دون أن يحدث شىء من ذلك (١٥) .

١٢- مازو : مطول المسئولية جـ ٢ بند ١٠٧٠ -٣٤ ص ١٣٣ ، كاريلا فصل ل ص ٣/ C ، نقض مدنى ٢٥/[illegible]/١٩٦٠ ، سابق ، ١٩٦٨/١١/٨ . ١٩٦٨-٣ رقم ٤٤٩ ص ٣٣٢ . J.C.P. ١٩٦٩ -٢ ١٥٨١٨ تعليق ليت قو ، G.P. ١٩٦٩ -٢ موجز ص ٩ .

١٣- ليت قو : تقريره السابق لموتمر دراسات جرينوبل فى المدة من ١٧ الى ١٨ يناير ١٩٦٩ G.P.١٩٦٩ -١ ص ١٦ عمود ٢ ويبين محاولات القضاء فى تمييز هذه الأعمال عن الاعمال الكبيرة . وانظر فى هذا المعنى أيضا مازو : الهامش السابق ص ١٣٢ حيث يقرر :

"Il est difficile de tracer exactement la ligne de démarcation entre gros et menus ouvrages"

١٤- س إميان ١٨٧١/٥/٢٩ د . الدورى ١٨٧١-٢ ص ١٧١ ، سيرى ١٨٧١-٢ص

١٥- نقض مدنى فى ١٥ من مايو ١٩٤٢ د . الأسبوعى ١٩٤٢ ص ١٢٩ .

كذلك ، بينما قدرت محكمه استئناف إكس أن تركيب جهاز تدفئة " Calorifère "من الأعمال الصغيرة [١٦] ، قدرت على عكس ذلك - محكمه تولوز الجزئية أن تركيب جهاز تدفئة مركزى Chauffage centrale ، وكذلك جهاز توزيع الماء الساخن من الأعمال الكبيرة التى تخضع لأحكام المسئولية العشرية [١٧]. وكذلك الأمر بالنسبه للمداخن فتارة اعتبرت أعمالا كبيرة [١٨] وأخرى اعتبرت أعمالا صغيرة [١٩] .

الفرع الثانى : الأعمال الصغيرة طبقا لقانون ٣ من يناير لسنة ١٩٦٧ ومرسوم تطبيقه رقم ١١٦٦ لسنه ١٩٦٧ .

عندما استحدث المشرع الفرنسى هذا الضمان الثنائى ، واختص به الأعمال الصغيرة التى كانت تخرج عن نطاق تطبيق أحكام الضمان العشرى ، لم يعط فى نص تقريرة [٢٠] (م ٢٢٧٠ مدنى [٢١]) تعريفا معينا

١٦- س إكس فى ١٧ /١٩١٠/٢ د. الدورى ١٩١٠ -٢ صـ ٣٠ .

١٧- تولوز الجزئية فى ١٩١٣/٣/١٠ مجلةالتشريع La loi فى ١٩١٣/٤/٢٩.

١٨- نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٠/١١/٢٩ G.P. ١٩٦١-١ صـ٢٦٨، A.J.P.I. ١٩٦١ صـ ٩٥ .

١٩- نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٤/١٢/١٧ G.P. ١٩٦٥-١ صـ ١٩١، J.C.P. ١٩٦٥ -٢- ١٤٠٢١ .

٢٠- أو إن شئنا القول بعبارة أدق : فى نص تقرير تقادم دعواه . راجع ما سبق أن قررناه من أن المادة ٢٢٧٠ نص خاص بتقادم دعوى الضمان وليس بتقريره وأسانيدنا فى ذلك من ص٢٩٥ إلى ص ٢٩٨ .

٢١- انظر فيما سبق نص المادة المذكورة صـ ٤٥٣ هـ٤ بها .

أو تحديدا خاصا بالأعمال الصغيرة التى تشكل النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذا الضمان [٢٢] . ولكن المرسوم رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٦٧ [٢٣] ، قد عرف فى المادة ١٢ منه الأعمال الصغيرة [٢٤] وأعطى قائمة تمثيلية [٢٥] لهذه الأعمال . فنص فى الفقرة الأولى من المادة المذكورة على أن الأعمال الصغيرة "Les menus ouvrages هى ماعدا الأعمال الكبيرة فى البناء ، مبنية كانت أو مصنوعة أو مركبة فى مكانها بواسطة المقاول [٢٦] "

٢٢- انظر فى هذا المعنى كاريلا : السابق فصل ٤ ص ٥/٤ .

٢٣- الصادر فى ٢٢ من ديسمبر ١٩٦٧ بتطبيق أحكام القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر على المبانى المعدة بهدف الاستعمال للسكن أو الاستعمالات المماثلة .

٢٤- وإن كان تعريفه لها قد جاء تعريفا سلبيا بطريق المقابلة مع الأعمال الكبيرة ، بمعنى أنه ما ليس بعمل كبير يعتبر عملا صغيرا ، أو كما وصفة مودرن فى مقالة السابق (M.T.P.) عدد يونيو ١٩٧٨ ص ٣٧ عنود ٣ ، بأنه تعريف بطريق الغمز .

"...... et la definition par prétérition ...."

٢٥- انظر الفقرة الثانية من المادة ١٢ من المرسوم المذكور .بفرعها فى المتن اعلاه .

٢٦- Art. 12 al. 1er (D. 67, 1166 du 22 dec. 1967) "Les menus ouvrages sont les éléments du bâtiment autres que les gros ouvrages, façonnés, fabriqués ou installés par l' entrepreneur"

وطبقا لهذا التعريف فكل ما لا يعتبر عملا كبيرا [٢٧] ، يدخل في عداد الأعمال الصغيرة التي تشكل النطاق الموضوعي للضمان الثنائي.

٢٧- وهذا هو نص المادة ١١ من ذات المرسوم التي عرفت الأعمال الكبيرة نورده هنا حتى تسهل المقابلة بين النوعين :

Art. 11 (D.67, 116 du 22 dec. 1967) "Les gros ouvrages sont :

a) Les éléments porteurs concourant à la stabilité ou à la solidité du bâtiment et tous autres éléments qui leur sont intégrés ou forment corps avec eux;

b) Les éléments qui assurent le clos, le couvert et l'étanchéité à l'exclusion de leurs parties mobiles.

Ces éléments comprennent notamment :

-Les revêtements des murs à l'exclusion de la peinture et des papiers peints;
-Les escaliers et planchers ainsi que leurs revêtements en matériau dur;
-Les plafonds et les cloisons fixes ;
-Les portions de canalisation, tuyauteries, conduites et gaines de toutes sortes legées à l'intérieur des murs, plafonds ou planchers, ou prises dans la masse du revêtement a l'exclusion de celle qui sont seulement scelées;
-Les charpentes fixes des ascenseurs et monte-charge;
-Les bâtis et huisseries des portes, fenêtres et verrières".

كما نص فى الفقرة الثانية من ذات المادة على أن هذه الأعمال تشمل على وجه الخصوص :

"Ces éléments comprennent notament :

-Les canalisation, radiateurs, tuyauteries, conduites, gaines et revêtements et toutes sortes autres que ceux constituant des gros ouvrages.

-Les éléments mobiles nécessaires au clos et au couvert tels que portes, fenêtres, presiennes et volets.

ولقد استطاع الفقه والقضاء الفرنسيان أن يستنبطا من هذا التمثيل الذى مثل به المشرع للأعمال الصغيرة فى هذا المرسوم، معيارين لتمييز هذه الأعمال عن غيرها ، حتى يمكن حصر نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان المستحدث عليها دون تعديتها إلى غيرها. هذان المعياران هما : معيار الخارجية " L'extériorité " أى كون العمل خارجا عن هيكل البناء ذاته أو العناصر الرئيسية فيه التى لا يقوم بدونها .ومعيار المنقولية " La mobilité " أى كون العمل منقولا فى أصله ، وبحيث يمكن فكه وتركيبه دون أن يؤثر ذلك على البناء فى ذاته ، أو يصيبه بضرر (٢٨) .

٢٨ـ راجع فى عرض هذين المعيارين : يوبلى . السابق ط ١٩٧١ بند ٢٤٢، ٢٤٣ صـ ١٧١، ١٧٢ وط ١٩٧٩ البنود من ٣٨٤ صـ ٢٤٥: ٣٩٠ صـ ٢٤٨ لابان :رسالته صـ ١٥٦: ١٥٨ . وإن كنا نعتقد ـ فى تقديرنا ـ أن معيار الخارجية يكفى : أما معيار المنقولية فليس بلازم ، ذلك أن العمل المنقول بطبيعته يكون خارجا بطبيعة الحال عن ذات هيكل البناء ، أو عن العناصر الرئيسية فيه ، أما إذا دخل هذا العمل المنقول فى تكوين ذات هيكل العقار ، أو العناصر الرئيسية فيه بحيث لا يمكن فكه منه دون إحداث تلف بالبناء ، فإنه يكون قد أصبح جزءا لا يتجزأ من البناء أو العنصر الرئيسى فيه الذى دخل فى تكوينه ، بحيث لا يمكن اعتباره عملا صغيرا .
فعلى سبيل المثال ، لا يمكن اعتبار الكمرات الخشبية أو الحديدية التى توضع داخل الجدران لربط بعضها البعض، عملا صغيرا إذ أن فك هذه الكمرات أو إخراجها من باطن الجدران لا يتم بدون هدم
=

وإعمالا لهذين المعيارين ، استطاع القضاء الفرنسي ان يعتبر من الأعمال الصغيرة - بالإضافة إلى ما أوردته المادة ١٢ من المرسوم المذكور على سبيل التمثيل لا الحصر - أجهزة التخفيض الحراري des récupérateurs de chaleurs ، وأجهزة تخفيف ضغط المياه des réducteurs de pression d'eau (٢٩) ، وكذلك بالونات أو أنابيب المياه الساخنة المثبتة ببساطة ويسر (٣٠) des ballons d'eau simplement scellés وأيضا أنابيب أو قنوات تصريف الغازات المحروقة أو عادم الأحتراق ، حتى ولو اخترقت الأسقف والأرضيات متى كانت غير مارة داخلها أو مختفية في داخل الجدران .

"des conduits d'évacuations de gaz brules traversant plafonds et planchers non pris dans la masse de ceux-ci ni dissimulés à l'intérieur des murs"

= هذه الجدران ، أما لو كانت هذه الكمرات من خارج الجدران ، مستفادا بها في وظيفة أخرى بالبناء غير تدعيمة وتقويته بحيث يمكن فكها دون إلحاق تلف بالبناء فهنا تصبح هذه الكمرات عملا صغيرا ، وهكذا اتضح لنا أن معيار المنقولية ليس بمؤثر ، بل ليس بلازم ، فمكونات البناء في مجموعها منقولات عقرت باتصالها بالأرض اتصال قرار ، لذا كان معيار الخارجية - في رأينا - يكفي .

انظر في نفس المعنى الذي نقوله مودرن : مقالة السابق M.T.P ٢٦من يونيو ١٩٧٨ ص ٣٧ عمود ٣ ، كاستون : مقال بعنوان "La notion de 'gros ouvrages' apres le decret du 22 dec. 1967" A.J.P.I. 1969-1, p. 369 et s.

٢٩- باريس في ١٩٧٥/٣/١٨ ، غير منشور مذكور في كاريلا : السابق . فصل J ص ٦ هامش ٣٢ .

٣٠- باريس في ١٩٧٧/٣/٢٨ غير منشور . مذكور في كاستون : السابق هامش ٨١ ص ٢١٩ ، أشار إليه أيضا كاريلا . هامش ٣٣ .

٣١- باريس في ١٩٧٧/١٠/٢٦ غير منشور مذكور في كاريلا : السابق هامش ٣٤، باريس الجزئية في ١٩٧٥/٣/١٩ مؤيدا استئنافيا ، غير منشور . مذكور في كاستون : الهامش السابق . هامش ٨٢ وأشار إليه أيضا كاريلا في هامش ٣٤ .

إلى غير ذلك من التطبيقات القضائية العديدة فى هذا الخصوص ، والتى أعمل فيها القضاء الفرنسى المعيارين السابقين ، تحديدا للأعمال الصغيرة التى يطبق عليها أحكام هذا الضمان [٣٢] .

ومع ذلك فعلى الرغم من المعيارين السابقين اللذين استخلصهما الفقه والقضاء ، واستعملهما هذا الأخير فى أقيسته المختلفة ، فما زالت تطبيقاته يشوبها أحيانا نوع من الغموض ، ويتوافر فيما بينها قدر من التضارب ، إذ بينما يعتبر بعض من هذه التطبيقات عملا معينا من الأعمال الصغيرة ، فتطبق عليه أحكام هذا الضمان المستحدث ، إذا بتطبيقات أخرى تعتبره من الأعمال الكبيرة ، فتحسر عنه هذه الأحكام لتطبق عليه أحكام الضمان العشرى - من ذلك على سبيل المثال :

- أعمال الطلاء والديكور ، فهى من حيث المبدأ مستبعدة من نطاق تطبيق أحكام الضمان العشرى ، وبالتالى وجب أن تخضع لأحكام الضمان الثنائى [٣٣] ، ومع ذلك ، فقد اعتبرتها بعد الأحكام من الأعمال الكبيرة التى تخضع لأحكام الضمان العشرى [٣٤] .

- كذلك فإن أعمال التبليط تعتبر أحيانا من الأعمال الكبيرة فتسرى عليها أحكام المسئولية العشرية ، سيما إذا كان العيب فى مجموعها [٣٥] ، فى حين تعتبر أحيانا أخرى من الأعمال الصغيرة ، التى تحكمها قواعد المسئولية الثنائية [٣٦] .

---

٣٢ - انظر فى العديد من هذه التطبيقات : كاستون : مقال :
La notion de gros ouvrages" apres le decrét du"22 dec.1967"
A.J.P.I. ١٩٦٩ ص ٣٠٩ وما بعدها ، كاريلا : السابق. فصل ص ٦

٣٣- نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٦٩/١٠/٣ مذكور لابان هامش ١ ص ١٥٩ .

٣٤- نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٦٩/١٢/٤ مذكور فى لابان هامش ٢ ص ١٥٩ .

٣٥- نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٧١/١/٧ مذكور فى لابان نفس المكان هامش ٣ ، ١٩٧١/٦/٩ ، B ١٩٧١ - ٣ رقم ٣٦٠ ص ٢٥٦ .

٣٦- نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) ١٩٦٩/١١/٢٨ ، B ١٩٦٩ - ٣ رقم ٧٧٦ ص ٥٨٨ ، J.C.P. ١٩٧٠ - ٤ ص ٨ .

- كما أن بعض الأحكام اعتبرت أجهزة التسخين المركزية من الأعمال الكبيرة ، فادخلتها بذلك ضمن النطاق الموضوعي للضمان العشري [٣٧] . بينما اعتبرتها أحكام أخرى من الأعمال الصغيرة ، فأدخلتها بذلك ضمن النطاق الموضوعي للضمان الثنائي [٣٨].

هذه بعض التطبيقات ، التي تكشف بوضوح عن مدى تضارب أحكام القضاء الفرنسي في وصفه للأعمال الصغيرة مما يدل دلالة واضحة على مدى صعوبة وضع حد فاصل بين ما يعتبر من الأعمال الكبيرة وما يعتبر من الأعمال الصغيرة في البناء أو المنشأ الثابت الآخر .[٣٩]

على أن أهم ما ترتب على المادتين ١١، ١٢ من المرسوم المذكور ، وما أتيا به من تعريف لكل من الأعمال الكبيرة والصغيرة في البناء أو غيره من المنشآت العقارية الأخرى ، والقائمة التحديدية [٤٠] للأعمال الكبيرة التي أتت بها المادة ١١ وكذلك القائمة التمثيلية [٤١] التي اصطحبتها المادة ١٢ ، نقول أهم ما ترتب على هاتين المادتين ، أن غدا تكييف العمل، وعما إذا كان يدخل ضمن الأعمال الكبيرة أم الصغيرة ، عملا قانونيا ، تباشره

---

٣٧ - أورليان في ١٩٧٣/١/٣١ مذكور في ليت فو : السابق ط ١٩٧٦ ص ٣٣٢ نقلا عن لابان : السابق هامش ٥ ص ١٥٩ .

٣٨ - إميان في ١٩٧٣/١٠/١٨ مذكور في ليت - فو : السابق ط١٩٧٦ ص ٣٣٢ نقلا عن لابان : السابق هامش ٦ ص ١٥٩ .

٣٩ - ليت - فو : تقريره السابق لمؤتمر دراسات جرينوبل (هامش ١٣ ص ٨٦٥ فيما سبق) هذا وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد يتضمن في المادتين ٨٩٩ ، ٩٠٠ منه تفرقة مماثلة بين المقاولات الصغيرة والمقاولات الكبيرة ، ولكن هذه التفرقة حذفت من المشروع وهو في لجنة المراجعة لصعوبة التمييز بين المقاولات الكبيرة والمقاولات الصغيرة (راجع الأعمال التحضيرية حـ ٥ ص ٢٨ : ٣١)

٤٠، ٤١- كاستون : مقاله السابق " فكرة الأعمال الكبيرة بعد مرسوم ٦٧/١٢/٢٢ "سابق الإشارة هامش ٣٢ أعلاه. كاستون : المرجع بند ٤٥٦ ص ٢١٥ ، حستن: وايضا مرجعه السابق " Jur. Class. Constr. " ملزمة ٢٢٢ بند ٤٣ كاريلا : المرجع السابق فصل J ص ٥ / C .

محكمة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض . إذ أصبح الأمر تكييفا قانونيا ، وليس كما كان الحال قبل صدور القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٥ ومرسوم تطبيقه ، حيث كان من أعمال الواقع التى تخضع فى تقديرها للسلطة المطلقة لمحكمة الموضوع ، تباشرها دون رقابة عليها فيها من محكمة النقض (٤٢). وهذا ما أكدته محكمه النقض ذاتها فى حكم حديث لها .

وتطبيقا لذلك قض بأنه يكون مخالفا لأحكام المادة ١١ من المرسوم رقم ١١٦٦ لسنه ١٩٦٧ ، جديرا بالنقض حكم الاستئناف الذى وصف عملا على أنه من الأعمال الصغيرة ، فى حين كانت المادة ١١ سالفة الذكر - قد صنفته ضمن مجموعة الأعمال الكبيرة "(٤٤) أو ذلك الذى أجرى تطبيقا مشوها للمعايير المحددة والمتخذة سبيلا لتمييز الأعمال الكبيرة التى تشكل محل تطبيق أحكام الضمان العشرى ، والأعمال الصغيرة التى تعتبر النطاق الموضوعى لأحكام الضمان الثنائى (٤٥) .

---

٤٢ - انظر فى هذا المعنى . فوسيرو : مقالها السابق ص ٢٠ عمود ١ يوبلى : المرجع السابق ط ١٩٧٩ بند ٣٩١ ص ٢٤٨ وما بعدها مودرن . فى تعليق له على حكم نقض (الدائرة ٣ مدنى) فى ٤ من مايو سنه ١٩٧٦ . M.T.P. عدد ١١ من يوليو ١٩٧٧ ص ٩٠ .

٤٣ - نقض مدنى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٧٦/٢/٣ B. ١٩٧٦ - ٣رقم ٤٠ ص ٣١ ، G.P. ١٩٧٦/٧/٢١ تعليق Peisse القانون والمدنية ١٩٧٧ - ٣ ص ٣٦٣ تعليق جروسلبير .

٤٤ - نقض مدنى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٧٦/٥/٤ B. ١٩٧٦-٣ رقم ١٨١ ص ١٤١ . د. ١٩٧٦ . I.R. ص ٢٢٥ ، M.T.P. عدد ١١ من يوليو ١٩٧٧ ص ٩٠ تعليق مودرن .

٤٥- فوسيرو : هامش ٤٢ أعلاه . والمراجع الأخرى المشار إليها بنفس الهامش .

ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي قد نص في المادة ١٣ من ذات المرسوم(٤٥ مكرر) على أن الأجهزة الميكانيكية أو الكهربائية التي يقتصر دور المقاول، بالنسبة لها، على مجرد تركيبها أو تثبيتها في الأماكن المعدة لها من العقار على حالتها التي تسلمها عليها، وطبقا لتعليمات تركيبها وتثبيتها، دون أن يجري فيها، أو في كيفية تركيبها وتثبيتها، أي تعديل من جانبه. هذه الأجهزة بهذا الوصف لا تعتبر أعمالا في مفهوم المادتين ١١، ١٢ السابقتين (أي من المرسوم المذكور) بمعنى أنها لا تعتبر من الأعمال الكبيرة فتخضع للضمان العشري، ولا من الأعمال الصغيرة فتخضع للضمان الثنائي، وبالتالي خرجت هذه الأجهزة، بالوصف الذي أضفاه عليها المشرع الفرنسي بنص المادة ١٣ سالفة الذكر، عن نطاق تطبيق كل من الضمان العشري والضمان الثنائي. وعلى ذلك فإن هذه الأجهزة، وطبقا لنص المادة ١٣ من المرسوم المذكور، لا تخضع إلا للقواعد العامة في المسئولية العقدية أو التقصيرية على حسب الأحوال.

(٤٥ مكرر)
Art. 13 (Décrét 1166 du 22 dec. 1967) "Ne sont pas considérés comme ouvrages les appareils méconiques ou éléctriques que l'entrepreneur installes en l'état où ils lui sont livrés"

"المبحث الثاني"

المدة كشرط لإعمال أحكام ضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائي

بعد أن بينا في المبحث السابق ، ما هي الأعمال الصغيرة التي دخلت تشريعيا ، بقانون ٣ من يناير ١٩٦٧ وتعديله لنص المادة ٢٢٧٠ مدني فرنسي ، في النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام المسئولية الخاصة محل دراستنا ، والمعايير التي بناء عليها يتم تعيين هذه الأعمال وتحديدها . نقول بعد أن بينا ذلك ، يتعين علينا أن ندرس المدة التي قررها المشرع الفرنسي كشرط لسريان أحكام هذا الضمان .

ولما كان هذا الضمان قد نشأ ، أول ما نشأ ، قضائيا ، ثم بعد أن ثبت عليه القضاء واستقر ، اضطر المشرع الفرنسي إلى تقريره تشريعيا بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر، لذلك ، لزم أن ندرسة أولا : في طوره القضائي ، ثم ثانيا : في طوره التشريعي ، على أن نتناول كل طور من هذين الطورين في فرع مستقل

الفرع الأول : ضمان الأعمال الصغيرة في طوره القضائي .

لما كان تطبيق أحكام الضمان العشري ، المنصوص عليه بالمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ في صياغتهما الأصلية سنه ١٨٠٤ ، قد قصره القضاء الفرنسي - طبقا لصريح عبارات هذين النصين ،وبعدالتوفيق تكامليا بينهما كما سبق أن بينا في أكثر من موضع - على الأعمال الكبيرة في البناء ، أو غيره من المنشآت العقارية الأخرى (١) ، كانت النتيجة اللازمة لذلك ، أن المهندس المعماري والمقاول لا يسألان طبقا لأحكام هذا الضمان ، عما يشوب الأعمال الصغيرة في

---

١ - بل واعتبر وصف العمل بأنه من الأعمال الكبيرة شرطا لازما لتطبيق هذه الأحكام . انظر فيما سبق من ص ٦٤٩ : ص ٦٩٤ .

البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر من عيوب ، وتبرأ ذمتهما منها بمجرد التسلم ، سواء كانت هذه العيوب ظاهرة أم خفية [٢] وذلك طبقا للقواعد العامة فى عقد المقاولة .[٣] واستمر الحال على ذلك ما ينيف على قرن ونصف من الزمان .

ويقرر شارفيه " أن هذا التحليل لمحتوى عقد المقاولة كان محل جذل كبير ، كما وأنه يتناقض تماما مع النظرية العامة لعيوب الرضا ، ذلك أن التسلم - وهو مرتكز هذا التحليل يكون فى هذه الحالة معيبا ، لما شاب إرادةرب العمل من غلط ، حيث أقر العمل وهو يجهل ما به من عيب [٤] "

---

٢ - نقض مدنى (دوائر مجمعة) فى ١٨٨٢/٨/٢ • د• ١٨٨٣ -١ ص ٥ ، ١٩٢٨/١٢/١٩ د•الأسبوعى ١٩٢٩ ص ١٦ ، ١٩٤٦/١٠/٢٢ J.C.P. ١٩٤٧ -٢-٣٤٨٢ تعليق روديير ،.G.P ١٩٤٧ ص ١٨ • وانظر فى هذا المعنى من الفقة الفرنسى : سيلارد : مقال :
"Responsabilité des entrepreneur après la réception de menus ouvrages AJDA 1958P.17
هنرى مازو: مقاله • السابق بند ١٣ ص ٦٥١ ، تعليقه فى .R.T.D.C ١٩٦٠ ص ٣٠٥ وما بعدها سانت الارى : مقاله السابق بند ٦١ عمود٢ وهامش ٩٩، بلانكييل : مقاله السابق ص ٧٢٧ عمود٢ وما بعدها ، شارفيه : رسالته السابقة : ص ٣٣٣ وما بعدها ليت - قو : المرجع السابق ، ط ٧٤ ص ٣٠٢ ، ط ١٩٧٨ ص ٣٢٨ ، ط ١٩٨٢ ص ٣٤٢ ، تقريره لموتمر دراسات جرينوبل : سابق الإشارة • ص ١٦• لابان : رسالته السابقة ص ١٥٣ ، كاريلا : المرجع السابق فصل J ص ٢ •

٣ - انظر سيلارد : الهامش السابق •

٤ - رسالته ص ٣٣٣ ، وانظر ما سبق أن قدمناه عند دراستنا لموضوع أثر الغش على مده الضمان من ص ٣٨٦ : ص ٣٩٠ •

نتيجة لذلك ، ولما ظهر للقضاء من عدم عدالة المبدأ الذى كان قد استقر عليه من عدم ضمان العيوب التى تشوب الأعمال الصغيرة فى البناء ، وترك رب العمل بلا حماية بالنسبة لها ، وخاصة بعد تزايدها الملحوظ فى عصرنا الحاضر(٥). وتأثرا بالنداءات الفقهية فى هذا الخصوص (٦) ، بدأت إرهاصات التحول عن هذا القضاء تتراءى منذ بداية عام ١٩٤١ .

ذلك أنه فى يوم ٢٦ من مارس سنه ١٩٤١(٧). قررت غرفة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية - ولأول مره - مسئولية المقاول عن العيوب الخفية التى كانت قد شابت الأعمال الصغيرة فى البناء ،ولم يكتشف أمرها إلا بعد التسلم ، ثم تلا هذا الحكم وفى ذات الاتجاه ، حكم آخر صادر من الدائرة الاجتماعية بذات المحكمة فى ١٩٤٢/٥/١٥(٨) .

ولكن الدائرة المدنية بمحكمة النقض عادت وأكدت من جديد فى حكمين متتاليين لها ، أن التسلم بدون تحفظات يبرئ ذمة المهندس المعمارى والمقاول من ضمان كل العيوب التى تلحق الأعمال الصغيرة خفية كانت هذه العيوب لحظة التسلم ، أم ظاهرة .ولا تستمر ذمتهما مشغولة بعد التسلم إلا بضمان العيوب التى تشوب الأعمال الكبيرة فقط ، والتى لا يكون بمكنة رب العمل اكتشافها عند التسلم (٩) .

---

٥ - شارفيه : الهامش السابق .

٦ - انظر فيما سبق ص٨٥٧ والمراجع المشار إليها بهامش ١ بها .

٧ - سيرى ١٩٤١ -١ ص ١٠٠ .

٨ - د. الأسبوعى ١٩٤٢ ص G.P.١٢٩ ١٩٤٢ -٢ ص ٢٠ ، وقارن شارفيه حيث يقرران هذا الحكم كان الإشارة الأولى فى تطور القضاء نحو إقرار المسئولية عن الأعمال الصغيرة . رسالته ص ٣٣٤ .

٩ - نقض مدنى ١٩٤٦/١٠/٢٢ J.C.P. ١٩٤٧ -١٢-٣٤٨٢ تعليق روديير ، G.P. ١٩٤٧ ص ١٨ ، ١٩٤٧/٢/١١ J.C.P. ١٩٤٧ -٢ - ٣٥٩٩ تعليق A.S.

إلا أنه فى ٤ من يناير سنه ١٩٥٨ عدلت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية عن قضائها هذا، فى حكم شهيرلها ، يعرف بحكم بلانبل Blanbel حيث قضت فيه " أنه وإن كانت مسئولية المقاول عن العيوب التى تشوب الأعمال الصغيرة تنقضى بتسلم الأعمال بدون تحفظ ، إلا أن هذا القول قاصر على العيوب التى تكون ظاهرة لرب العمل عند التسلم ، أما بالنسبة للعيوب التى تشوب تلك الأعمال ، وتكون خفية لحظة التسلم ، بحيث لم يستطع رب العمل كشفها فإن مسئولية المقاول عنها تستمر إلى ما بعد التسلم، وحتى يتم اكتشافها خلال مدة التقادم الطويل (٣٠سنه) شريطة أن يباشر رب العمل دعواه بالرجوع ، فى خلال المدة القصيرة ، بعد اكتشاف العيب (١٠)" ومنذ هذا الحكم المشهور استقر القضاء الفرنسى فى هذا الاتجاه حتى غدا من مسلماته (١١)، (١٢) .

١٠ـ نقض مدنى (الدائرة الأولى) ١٩٥٨/١/٤ J.C.P. ١٠٨٠٨ (الحكم الأول) تعليق ستارك ، د. ١٩٥٨ صـ ٤٥٧ G.P ١٩٥٨ ـ١ ـ ١٦٨ R.T.D.C. ١٩٥٨ صـ ٢٥٢ تعليق جمازو ، صـ ٢٧٢ ، تعليق كاربونييه A.J.P.A. ١٩٥٨ صـ ١٧ تعليق سيلارد .

١١ـ نقض مدنى (الدائرة الثانية) ١٩٥٨/٥/١٩ ،J.C.P. ١٩٥٨ـ٢ـ١٠٨٠٨ (الحكم الثانى) تعليق ستارك ، G.P. ١٩٥٨ ـ٢ صـ ٥٩ ، R.T.D.C ١٩٥٨ صـ ٦٠٦ تعليق هـ.ل .مازو .، صـ ٦٣٠ تعليق كاربونييه ، ١٩٦٠/١/٢٥ B. ١٩٦٠ ـ١ رقم ٥٠ صـ ٤٠ ، ١٩٦٠/١١/٨ B ١٩٦٠ ـ ٣ رقم ٤٤٩ صـ ٣٤٢ .G.P. ١٩٦١ ـ١ صـ ٦٣ ، د. ١٩٦١ موجز صـ ٣٧ . ١٩٦٢/٥/٢٨ B ١٩٦٢ـ١ رقم ٢٦٧ صـ ٢٣٧ ، ١٩٦٤/١٠/١٩ J.C.P. ١٩٦٥ـ٢ـ١٤٢٠٦ ، G.P. ١٩٦٤ ـ٢ صـ ٤٣١ ، د. ١٩٦٥ صـ١٦١، ٧٠/١٠/١٥ B ١٩٧٠ ـ٢رقم ٥١٤ صـ ٣٧٥، G.P. ١٩٧١ـ١ صـ ٢٠٤ ، القضاء العملى فى المواد العقارية (مرجع قضائى) رقم ٥ صـ ٨٥ تعليق BRUNE ١٩٧٧/٦/١٠ B ١٩٧٧ـرقم ٢٩٢ صـ ١٣٣ ، ١٩٧٣/٥/٨ B ١٩٧٣ـ٣ رقم ٣١٩ صـ ٢٣١ . وانظر من قضاء الاستئناف :نيم فى ١٩٥٩/٤/٣٠ د . ١٩٦٠ صـ ١٩٩ ، ميرى ـ١٩٦ صـ ١٢٥ ، باريس ١٩٥٩/١١/٢٩ د. ١٩٦٠ صـ ١٩٨ ليون ١٩٦٣/٣/٢٥ G.P. ١٩٦٣ـ٢ صـ ١٨٢ ، روان : ٦٦/١٠/٢٥ G.P. ١٩٦٧ ـ١ صـ ٥١ . وانظر من القضاء الجزئى :ديجون الجزئية فى ١٩٦٠/٦/١ G.P. ١٩٦٠ ـ٢ رقم ١١٢ صـ ١٤٤ ، السين الجزئية فى ١٩٦٦/٦/١١ J.C.P. ١٩٦٧ ـ٤ صـ ١٢ .

١٢ـ اذا كان هذا هو ما استقر عليه القضاء المدنى الفرنسى ، الا أن

ومن يستقرئ هذا الحكم الشهير للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٤ من يناير ١٩٥٨ سالف الذكر (١٣) ، وما تلاه من قضاء فى هذا الخصوص يستطيع ان يستنبط منه شرطين متميزين (١٤) لتحقق هذا الضمان القضائى ، الاول: هو ان يكون العيب الذى شاب الاعمال الصغيرة خفيا عند التسلم. والثانى : هو أن نباشر دعوى الضمان فى خلال المدة القصيرة بعد اكتشاف العيب .

= القضاء الادارى هناك استمر ثابتا على مبدئه لم يتزحزح عنه ،من ان التسلم النهائى للاعمال متبوله من رب العمل يبرئ ذمة كل من المهندس المعمارى والمقاول من ضمان كل العيوب التى تشوب الاعمال الصغيرة ، ما خفى منها وما ظهر، وأن مسئولية كل من هذين الاخيرين لاتستمر بعد هذا التسلم الا بالنسبة للعيوب التى تلحق الاعمال الكبيرة فى البناء أو غيره من المنشآت العقارية الاخرى والخفى منها فقط عند ذلك التسلم . انظر مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩٦٤/٢/١٨ .J.C.P ١٩٦٥ - ٢ - ١٣٩٧٧ مكرر، فرنساوى الادارية فى ١٩٥٩/١١/١٣ D. adm. ١٩٦٠ -٢ ص ٣٣٥، كانتيلوب: السابق: ص ٤٤، ٤٥ حيث تقرر ان الاعمال العامة ليست بحاجة الى هذا الضمان لبين ١- وجود فترة ضمان قدرها سنه ما بين التسلم المؤقت والتسلم النهائى وهذه فيها الكفاية . ٢- ان العيب يجب ان يكون موجزا بخطورة فى هذه الاعمال وفى هذه الحالة يكون العيب عند مجلس الدولة مضمونا بالضمان العشرى . اذ ان مجلس الدولة ينظر بالدرجة الاولى الى خطورة العيب وانظر ما سبق ان قررناه فى هذا الخصوص من ص : ص فيما سبق ٧٨٧ : ٨١٤ وانظر ايضا كاستو: بند ص ٢١٤ .

١٣- انظر الدوريات المختلفة المنشور بها هذا الحكم وتعليقات الفقهاء عليه هامش ١٠ السابق .

١٤- وهذا لا يخفى وجود شروط أخرى ، مثل : ضرورة وجود عقد مقاولة ، ان يتعلق العيب بعمل صغير ، وأن يكون التسلم قد تم .

أما عن الشرط الأول : وهو أن يكون العيب الذى لحق العمل الصغير خفيا ، بحيث لا يستطيع رب العمل كشفة عند التسلم [١٥] فنحيل فى بيانه إلى ما سبق أن أوضحنا ، بالنسبة لشرط خفاء العيب ٠كشرط موضوعى لازم لإعمال أحكام الضمان العشرى ٠ وذلك لوحدة ظرف الخفاء فى كل من الحالين ، سواء فى تقديره أو وقته أو عبء إثباته ، إلى غير ذلك من الأحكام التى تتعلق به [١٦] .

إلا أنه ينبغى أن نشير إلى ملاحظة بسيطة فى هذا الشأن مقتضاها أنه إذا كان ثمة خلاف فى الرأى ، قد ثار سواء فى مجال الفقه أو بين أحكام القضاء بالنسبة لضرورة اقتضاء شرط الخفاء فى العيب وذلك بالنسبه لتطبيق أحكام الضمان العشرى ، طبقا لمفهوم أحكام المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ مدنى ٠ إلا أنه ليس ثمة خلاف فى الرأى لا بين الفقة ولا فى أوساط القضاء فيما يتعلق بضرورة اقتضاء شرط خفاء العيب عند التسلم بالنسبة للأعمال الصغيرة ، مما يدل على أن هذا شرط مطلق الاقتضاء فى هذا الضمان القضائى ٠ طبقا للأحكام التى قررته [١٧] .ـ

---

١٥ ـ نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٠/١/٢٥ سابق ، ١٩٦٤/١٠/١٩ سابق ، ١٩٦٧/١٠/٢٥ د٠ ١٩٦٨ ص ١٠٤ نقض مدنى (الدائرة الثالثة) ١٩٦٩/٦/٦ B٠ ١٩٦٩-٣ رقم ٤٥٥ ص ٣٤٧ ، ١٩٦٩/١١/٢٨ سابق ٠

١٦ ـ انظر فيما سبق من ص ٨٣٦ : ص ٨٥٨ ٠

١٧ ـ سيلارد : مقاله السابق ٠ ص ١٧ عمود ٢

أما عن الشرط الثانى : وهو ضرورة أن يباشر رب العمل دعواه بالرجوع على المهندس المعمارى أو المقاول أو كليهما خلال المده القصيرة " Le bref délai " من تاريخ انكشاف العيب لرب العمل فهذا شرط ليس ثمة وجه للشبه بينه وبين ما يقابله من شرط فى الضمان العشرى سوى ارتباط كل منهما بالزمن فقط مع اختلاف كل منهما عن الآخر فى كل الوجوه بعد ذلك سواء من حيث المقدار أو من حيث تاريخ بدء السريان ، إلى غير ذلك من أحكام مدة دعوى الضمان بيانها التى سبق(١٨).

وأما من حيث المدة القصيرة " Le bref délai " ذاتها، فهى المدة التى تنص عليها المادة ١٦٤٨مدنى فرنسى (١٩). والتى تقضى بأن " الدعوى الناتجة عن العيوب الموجبة لرد الشئ المبيع ،يجب أن تكون مباشرة فى خلال المدة القصيرة ، تبعا لطبيعة العيوب الموجبة للرد ، وعرف المكان الذى جرى فيه البيع "(٢٠)

---

١٨ - انظر فيما سبق من صـ ٢٨٦ : صـ ٤٠١.

١٩ - مازو (هـ.ل ج) مطول المسئولية : بند ١٠٧٠ -٢٤ صـ١٣٤ وما بعدها . بوبلى : السابق ط ٧١ بند ٢٤٠ صـ ١٧٠ ،نقض مدنى فرنسى (الدائرة الأولى) فى ١٩٥٨/١/٤ سابق ، و (الدائرة الثالثة) فى ١٩٦٩/٦/٦ .

٢٠ - Art. 1648 (C.Civ) "L'action résultant des vices rédhibitoires doit étre intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente à été faite

ولقد استوحى القضاء هذه المده من أحكام عقد البيع ، ليطبقها فى نطاق أحكام عقد المقاولة ، لذلك استلزم من رب العمل أن يباشر دعواه بالرجوع على المهندس المعماري والمقاول بسبب العيوب الخفية التى شابت الأعمال الصغيرة فى خلال هذه المدة القصيرة ، قياسا على ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع ، والتى يجب أن تباشر دعوى الفسخ أو دعوى إنقاص الثمن بسببها فى خلال هذه المدة طبقا لصريح نص تقريرها (م ١٦٤٨ مدنى المذكور بعاليه) (٢١)

ولما كانت هذه المدة القصيرة " La bref délai " المنصوص عليها بهذه المادة ، غير محددة بزمن معين ، لذلك فقد تركت محكمة النقض الفرنسية سلطة تقديرها لقضاء الموضوع يقدرها بمقتضى سلطته المطلقة ، دونما رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك ، تبعا لطبيعة العيوب التى لحقت بالأعمال الصغيرة ، وكذا طبقا لعرف الجهة التى يقع فى دائرتها العقار (٢٢) .

وتطبيقا لذلك ، سمح بقبول دعوى ضمان الأعمال الصغيرة هذا رغم أنها رفعت بعد مضى سنه ونصف بعد اكتشاف العيب الذى شاب هذه الأعمال ، والذى كان سبب هذه الدعوى (٢٣) . بمعنى أن هذه المدة اعتبرتها المحكمه من المدة القصيرة التى نصت عليها المادة ١٦٤٨ مدنى سالف الذكر .

---

٢١ - شارفيه : السابق ص ٣٣٥ ، سيلارد .مقاله السابق ص ١٨عمود ١ بوبلى .السابق ط ١٩٧١ بند ٢٤٠ ص ١٧٠، كاستون السابق بند ٤٥٥ ص ٢١٥ .

٢٢ - شارفيه : رسالته السابقة ص ٣٤٠ ، مازو : مطول المسئولية ح ٢ بند ١٠٧٠ -٢٤ ص ١٣٥ ، بوبلى : السابق ط ٧١ بند ٢٤٠ ص ١٧٠ ، ليت - فو : السابق . ط ١٩٧٤ ص ٣٠٣ ، كاستون السايق . بند ٤٥٤ ص ٢١٤ وانظر أيضا : نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٤/١٠/١١ .J.C.P ١٩٦٥ -٢-١٤٢٠٨ ،و (الدائرة الثالثة) فى ١٩٦٨/١١/٨ .J.C.P ١٩٦٩ -٢-١٥٨١٨ تعليق ليت-فو ،.G.P ١٩٦٩ -٢ ملخص ٩ ، ١٩٧٧/٦/٨ .B ١٩٧٧-٣ رقم ٢٥٢ ص ١٩٣ ، ١٩٧٨/٦/٢٠ .G.P ١٩٧٨ مختصر ص ١١ .

٢٣ - ديجون الجزئية أول يونيو ١٩٦٠ .A.J.P.I ١٩٦٠ -٢ رقم ١١٢ ص ١١٤ .

كذلك لم تعترض الدائرة الثالثة مدنى بمحكمه النقض الفرنسية على قبول دعوى متعلقة بضمان بعض العيوب الخفية ، تتمثل فى الرطوبة التى لحقت أسقف وجدران عقار ، والتى تتفاقم تدريجيا رغم أن رب العمل أقام هذه الدعوى بعد مرور أربع سنوات على تاريخ انكشاف العيب(٢٤) .

وعلى العكس من ذلك ، لم تعترض الدائرة الأولى بذات المحكمة على رفض دعوى متعلقة أيضا بضمان بعض العيوب الخفية التى لحقت بعض الأعمال الصغيرة فى البناء ، بحجة أن رب العمل لم يرفعها فى خلال المدة القصيرة ، التى نصت عليها المادة ١٦٤٨ مدنى ، ذلك أنه كان قد رفعها بعد انقضاء ثلاث سنوات وثلاثة أشهر من تاريخ انكشاف العيب له . بمعنى أن محكمه النقض قد أقرت تقدير قضاء الموضوع بأن هذه المدة قد تجاوزت المدة القصيرة التى نصت عليها المادة ١٦٤٨ مدنى سالفة الذكر (٢٥) .

وإذا كان القضاء المدنى الفرنسى ، قد استقر منذ ٤ من يناير سنه ١٩٥٨ على هذا الذى أبينا ، إلا أن الفقه اختلف فى الأساس الذى يستند إلية هذا القضاء فى قوله بهذا الضمان الغريب - على حد وصف بعض الفقه له -(٢٦) كذلك ، فإنه كان مثار نقد هذا الفقه له ، فيما يتعلق بمدته سواء فى ذلك مدة الضمان نفسه ، أو مدة دعواه .

---

٢٤ - نقض مدنى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٦٨/١١/٨ سابق .

٢٥ - نقض مدنى (الدائرة الأولى) فى ١٩٦٤/١٠/١٩ سابق . وانظر أيضا فى رفض دعوى بسبب رفعها بعد انكشاف العيب بعدة سنوات السين الجزئية فى ١٩٦٦/٦/١١ J.C.P. ١٩٦٧-٤ ص ١٢ .

٢٦ - ليت - فو : تقريره إلى موتمر دراسات جرينوبل ، سابق ص ١٦ عمود ١ .

فيما يتعلق بتحديد الأساس القانوني ، والذى يستند إليه القضاء فى القول بهذا الضمان ، فقد اختلف النظر على وجهين[٢٧] :

أما أنصار الوجة الأول - وهو ما نميل إليه - فيرون أن هذا القضاء يجد أساسه فى القواعد العامة للمسئولية العقدية[٢٨]. ذلك أنه إذا كان حقا أن التسلم يعتبر إقرارا من رب العمل للاعمال ، بتقبلها بدون تحفظ ، وبأنها خالية من العيوب ، إلا أن هذا الإقرار يكون - بداهة - بالنسبة للعيوب التى يستطيع رب العمل أن يتبينها ويكتشفها عند التسلم ، أو حتى تلك التى كان من المفروض عليها أن يتبينها أى بعبارة أخرى - العيوب الظاهرة التى يكون بإمكان رب العمل الوقوف عليها عند التسلم ، أما تلك العيوب الخفية التى لم يكن بمكنته أن يكتشفها ، بله أن يعرف مدى خطورتها ، فكيف يتسنى القول بأن التسلم يعتبر إقرارا منه بخلو الأعمال منها ، فى حين أنه يجهل تماما وجودها بالبناء ، وكيف يحمل تصرف إنسان على أنه إقرار منه بعدم وجود شئ بينما هو يجهل كليةً ، وفى نفس الوقت ، وجوده ، أو عدم وجوده[٢٩] .

وعلى ذلك فيجب عند أنصار هذا الرأى ، أن ينصب الأثر المعفى للتسلم من المسئولية على الإعفاء من المسئولية عن العيوب الظاهرة التى كان بإمكان رب العمل العادى ومن ذات الطائفة وفى ذات الظروف الخارجية ، أن يكتشفها ، أما تلك العيوب الأخرى الخفية ، والتى لم

٢٧- انظر فى عرض هذين الاتجاهين بإيجاز : بريكمونت : السابق بند ١٢١ ص ١٢٣ : وبإسهاب . سوان السابق . ح ١ . بند ١٤٥ ص ٣٤٠، ومن بند ١٥٤ ص ٣٦١ الى بند ١٦٤ ص ٣٨٩ .

٢٨- ستارك : فى تعليقه J.C.P. ١٩٥٨ -٢-١٠٨٠٨ ، روديير : فى تعليقه : فى د ١٩٥٨٠ ص ٤٥٧ ، كانتيلوب السابق ص ٤٤، شارفيه : رسالته السابقة : ص ٣٣٥ وما بعدها ، يوبلى : السابق ط١٩٧١ بند ٢٠٤ وما بعدها . كاستون : السابق بند ٤٥٥ ص ١١٤، وانظر نقض ١٩٥٨/٥/١٩ سابق . حيث تقرر محكمة النقض أن هذا الضمان خارج تطبيق المادة ١٦٤٨مدنى "hors l'application de l'art 1648 C.C."

٢٩- قرب من هذا التحليل : شارفيه : الهامش السابق ، وأيضا هامش ١ ص ٣٣٦ .

يكن بمكنة رب العمل هذا أن يكتشفها ، فيجب أن يظل المهندس المعمارى والمقاول مسئولين عنها حتى اكتشافها ، أو انقضاء مدة التقادم الطويل (٣٠سنه) اعتبارا من تاريخ التسلم ، وعلى هذا الأساس يمكن تبرير هذا التحول فى اتجاه القضاء نحو إقرار هذه المسئولية .

كذلك ، فإن القضاء تطلب من رب العمل ، أن يثبت وجود العيوب ، وأنه كان خفيا عند التسلم [٣٠]. وكذلك إثبات خطأ المعماريين [٣١] ، كما وأن هذه المسئولية لا تتقادم إلا بمضى ثلاثين عاما . اعتبارا من تاريخ التسلم ، أى طبقا للقاعدة العامة فى التقادم الطويل [٣٢]. وأيضا ، فإن أحكام هذه المسئولية لا تتعلق بالنظام العام [٣٣] ، وكل هذه الأحكام لا تخرج عن القواعد العامة فى المسئولية العقدية [٣٤].

أما كون القضاء قد تطلب أن ترفع الدعوى فى خلال المده القصيرة ، بعد اكتشاف رب العمل للعيب ، فهذا ليس معناه تاسيس هذه المسئولية على ذات الأساس الذى يقوم عليه ضمان العيوب الخفية فى الشئ المبيع ، وإنما قصد القضاء من ذلك حث رب العمل على التعجيل برفع دعواه بالرجوع ، بمجرد اكتشافة العيب ، ودون توان فى ذلك خصوصا وأن هذه المدة غير محددة ، ومتروك أمر تحديدها لتقدير القضاء . وكذلك لا يمكن القول بذلك لاختلاف الطبيعة

---

٣٠ - نقض مدنى فى ١٩٦٠/١١/٨ G.P. ١٩٦١-١ ص ٦٣ ، ١٠/٩/ ٦٤ ١٩ سابق ١٩٦٩/١١/٢٨ B ١٩٦٩ -٣ رقم ٧٧٦ ص ٥٨٨ سابق

٣١ - يوبلى : المرجع السابق ط ١٩٧١ بند ٢٤٠ ص ١٧٠ .

٣٢ - نقض مدنى (الدائرة الثالثة) ، فى ١٩٦٩/١١/٢٨ سابق .

٣٣ - نقض مدنى (الدائرة الأولى) ١٩٦٧/١٠/٢٥ B ١٩٦٧-١ رقم ٣١١ ص ٢٣٤ .

٣٤ - كاريلا : المرجع السابق . فصل J ص ٣/ B .

القانونية لكل من العقدين ، البيع والمقاولة ذلك الاختــــلاف فـى الطبيعة ، الذى ترتب عليه أن يكون لكل منهما أحكــامــة الـتـى تضبطه وقواعده التى تنظم كيفية التعامل به .

وأما أنصار الوجه الثانى ، فيرون أن القضاء فى مذهبه هــذا إنما يجد أساسه القانونى ، فى قواعد ضمان العيوب الخفية فــى عقد البيع ، سيما إذا كان المقاول يورد إلى جانب عمله ، المــواد التى يتم بها تشييد البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر، ويستدلـون على ذلك بأن القضاء قرر وجوب رفع الدعوى بالرجوع فى خلال المـدة القصيرة ، المنصوص عليها بالمادة ١٦٤٨ مدنى فرنسى ، وهذه المـدة تختص بها دعوى ضمان العيوب الخفية الموجبة للرد فى عقد البيع(٣٦)

---

٣٥ - انظر فى ذلك : بريكمونت . بند ١١٢ صــ ١٢٣ .

٣٦ - انظر بيان هذا الاتجاه : سيلارد : مقالة السابق . صـــ ١٨، السايق ، بند ١١٣ صـ ١٢٢ ، سوان : السابق حـ ١ بند ١٤٥ ص ٣٤٠ من بند ١٦١ صـ ٣٧٩ : بند ١٦٤ صـ ٣٨٩ .
وانظر من أنصار هذا الاتجاه فى القضاء الفرنسى : س ليون فى G.P. ١٩٦٣/٣/٢٥ ٦٣—٢—ص ١٨٣ :
"... qu'il n'est également pas contesté que l'architecte n'est pas en présence d'un vice de construction intéressant le gros oeuvre... que l'action de x....n'est pas par suite basée sur les art. 1792, 2270 C.C. concernant la responsabilité décennale de constructeurs... que reste donc seulement l'éventualité d'une responsabilité contracteulle découlant de la garantie des vices cachés aux termes des art. 1641 et suivants.."

وانظر من نفس هذا الاتجاه : نقض مدنى (الدائرة الاولى) فـــى ١٩٦٠/١١/٢٥ G.P. ١٩٦١—١—صـ ١٥١ وفى ١٩٦٤/١٠/١٩ G.P. ١٩٦٤—٢—صـ ٤٣٠ ، د. ١٩٦٥—ص ١٦٥ ، B رقم ٤٥٠ صـ ٣٤٩ ، وانظر مع ذلـــك نقض مدنى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٧٨/٦/٢٠ G.P. ١٩٧٨—٢—ملخص صـ ١١ الذى أسس هذا القضاء على المادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدنـــى فرنسى وانظر فى نقد هذا القضاء : شارفيه : السابق ص ٣٣٨—٣٤٠.

أما فيما يتعلق بالنقد الموجه من الفقه بالنسبة للمدة في هذا الضمان (٣٧) ، فهذا النقد متعلقه أمران : أولهما مدة الضمان ذاتها ، وثانيهما : مدة دعوى الضمان . فأما عن مدة الضمان ذاتها - فعلى العكس من مدة الضمان العشرى - لم يقرر القضاء مدة معينه يجب أن يظهر فيها أو ينكشف خلالها العيب ، حتى يقوم الحق لرب العمل في مباشرة دعوى الضمان ، وبحيث إذا انقضت هذه المدة دون أن يظهر خلالها هذا العيب أو ينكشف ، يسقط حق رب العمل في الرجوع على المهندس المعماري والمقاول بدعوى هذا الضمان ، حتى ولو ظهر العيب أو انكشف بعد فوات هذه المدة .

وعدم تقرير القضاء لهذه المدة ، يقتضي الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة في المسئولية العقدية ، والتي تقضي بأن الحق في دعوى هذه المسئولية لا يتقادم إلا بانقضاء ثلاثين سنة ، وعلى ذلك فإن حق رب العمل في إقامة دعوى هذا الضمان القضائي يستمر قائما طيلة مدة الثلاثين عاما التالية على التسلم (٣٨) ، بحيث إذا ظهر العيب أو انكشف في أي وقت خلال هذه المدة يكون من حقه الرجوع على المهندس المعماري والمقاول ، بدعوى هذا الضمان ، متى باشر دعواه خلال المدة القصيرة التي قررها القضاء لمباشرة الدعوى خلالها (٣٩) .

---

٣٧ - انظر في هذا الموضوع : شارقيه : السابق ص ٣٣٨ : ٣٤٠ .

٣٨ - سيلارد : مقاله السابق ص ١٧ ، شارفيه : السابق . ص ٣٣٩ ، يوبلي : السابق ط ١٩٧١ بند ٢٤٠ ص ١٧٠ .

٣٩ - نقض مدني (الدائرة الأولى) في ١٩٦٧/١٠/٢٥ B ١٩٦٧-١ رقم ٣١٢ ص ٢٣٤ ، د. ١٩٦٨ ص ١٤٤ ، نقض ٣ في ١٩٦٩/١١/٢٨ سابق .

حاصل ذلك أن العيوب الخفية التي تشوب الأعمال الصغيرة في البناء أو غيره من المنشآت العقارية الأخرى ، تكون مضمونة لمدة ثلاثين عاما ، وقد تصل إلى أكثر من ذلك إذا أضفنا إليها المدة التي يجب أن تباشر خلالها الدعوى (٤٠). في حين أن العيوب التي تلحق بالأعمال الكبيرة . وهي بطبيعة الحال أخطر بكثير من الأولى على متانة البناء وسلامته - لا تكون مضمونة إلا خلال عشر سنوات من تاريخ التسلم ، وهي لم تزد على ذلك بأي حال من الأحوال . ذلك أن مده الضمان العشرى تبدأ - طبقا لنص المادة ٢٢٧٠ مدني - اعتبارا من تاريخ التسلم (٤١). ولا شك أن هذا أمر يرفضه المنطق وتقتضي طبائع الأمور نقيضة .

وأما عن مدة دعوى هذا الضمان فهي - طبقا لما قررة القضاء - المدة القصيرة . تبدأ من تاريخ ظهور العيب أو اكتشافه لرب العمل وهذه المدة فضلا عن عدم تحديدها بمقدار زمني معين ، وترك ذلك لسلطة قاضي الموضوع ، كما بينا ، مما يختلف معه التقدير من دعوى إلى أخرى كما رأينا في التطبيقات القضائية التي سقناها (٤٢). مما يكون مدعاة لعدم طمأنينة رب العمل على قبول دعواه من عدمه ، كذلك عدم معرفته على وجة اليقين ، الوقت الذي يتعين

---

٤٠ - ولقد رأينا حالا أن هذه المدة غير محددة بمدة زمنية معينة، بل تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع . انظر فيما سبق ص ٩٥٦ وما بعدها .

٤١ - راجع فيما سبق من ص ٣٤٧ : ص ٣٥١ .

٤٢ - انظر هذه التطبيقات - ص ٩٥٦ وما بعدها فيما سبق .

عليه رفع دعواه فيه حتى تكون مقبولة [٤٣]. نقول : فضلا عن ذلك كله فإن هذه المدة قد تكون أقصر من اللازم ، بحيث لا يستطيع رب العمل مباشرة دعواه خلالها فتفوت بذلك عليه الحماية التى أراد القضاء أن يمنحه إياها [٤٤].

كذلك فإن القضاء لم يعتمد تاريخا محددا ومعروفا لكل الأطراف تبدأ منه مدة دعوى الضمان فى السريان كتاريخ التسلم مثلا، وإنما اقتضى سريان هذه المدة اعتبارا من تاريخ ظهور العيب أو اكتشافه بالنسبة لرب العمل ، وهذا تاريخ غير منضبط ، وتثور بشأنه مشكلة إثباته ، اذ يتعذر على المهندس المعمارى والمقاول إثبات علم رب العمل بالعيب ، أو بعبارة أخرى تاريخ ظهور العيب أو انكشافه بالنسبة له ، ويكون زمام الأمر بالتالى فى يد رب العمل دونهما ، مما يخل بالتوازن الواجب توافره بالنسبة لكل الأطراف إذ يكون بمكنة هذا الأخير أن يتأخر فى رفع دعواه بالضمان بحجة أن العيب لم يظهر إلا قبيل انقضاء مدة التقادم الطويل بقليل ، مما يجعل المهندس المعمارى والمقاول تحت رحمته فى هذا الخصوص [٤٥].

الفرع الثانى : ضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائى فى طورة التشريعى

بعد أن استقر القضاء المدنى الفرنسى منذ عام ١٩٥٨ على هذا الرأى الذى قد تبناه من إعطاء الحق لرب العمل فى الرجوع على المهندس المعمارى والمقاول بدعوى ضمان العيوب الخفية

---

٤٣ - مازو : مطول المسئولية . حـ٣ بند ١٠٧٠-٢٤ صـ ١٣٥ ، والقضاء المشار إليه فى هامش ٢٣ بها .

٤٤ - انظر فى ذلك : سيلارد : مقالة السابق صـ ١٧ عمود ٢ .

٤٥ - انظر فى هذا المعنى : ستارك . تعليقه السابق J.C.P. ١٩٥٨ - ٢-١٠٨٠٨ ، شارفيه : المرجع السابق صـ ٣٣٩ : ٣٤٠ .

التى تشوب الأعمال الصغيرة ، وذلك بعد تمام تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل على النحو الذى رأيناه فى الفرع السابق . نقول بعد أن استقر القضاء على ذلك ، وجد المشرع الفرنسى نفسه مضطرا - إزاء هذا الذى قد اضطرد عليه العمل ، وإزاء النداءات الفقهية بضرورة التعديل- للتدخل كى يقر تشريعيا ما استقر عليه العمل قضائيا ، وليعالج فى نفس الوقت مثالبه [٤٦]. وليوجد الأساس القانونى الذى يستند إليه [٤٧] .

---

٤٦ - التى تمثلت كما رأينا فى :١) طول مده الضمان بالنسبة لهذه الأعمال (٣٠ سنه طبقا للقواعد العامة للمسئولية العقدية ، فى حين أنها عشر سنوات بالنسبة لضمان الأعمال الكبيرة) ٢) عدم وضوح فكرة الأعمال الصغيرة تلك التى كانت من إطلاقات قضاة الموضوع . ٣) عدم تحديد مدة رفع دعوى الضمان "Le bref délai " حيث كانت تخضع ايضا فى تحديدها للسلطة المطلقة للقضاء الموضوعى . ٤) تكليف رب العمل بإثبات خفاء العيب عند التسلم وكذا إثبات خطأ المعمارى الذى أدى إلى وجود هذا العيب . ونحيل فى معالجة مشرع ١٩٦٧ للنقطة الثانية وهى عدم وضوح فكرة الأعمال الصغيرة إلى ما سبق أن أوضحناه فى الفرع الثانى من المبحث السابق . من ص ٨٦٦:ص ٨٧١ فيه . أما بالنسبة لباقى المثالب فنبين فى هذا الفرع مدى المعالجة التشريعية التى تمت بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر للنقطتين الأولى والثالثة ، أما بالنسبه للنقطة الرابعة . فنحيل بشأنها إلى ما سبق بيانه بمناسبه شرط خفاء العيب انظر من ص ٨٣٦ : ص ٨٥٥ وكذا ص ٩٥٩ .

٤٧ - شارفيه : السابق ص ٣٣٧ : حيث يقرر أن الميزة الأساسية لقانون ٣ يناير ١٩٦٧ أنه أعطى الأساس القانونى للمسئولية عن الأعمال الصغيرة .
"L'avantage principal de la loi de 1967 est de donner une base légale à la responsabilite pour les menus ouvrages"

ليت فو : السابق ط ١٩٨٢ ص ٣٤٢ حيث يقرر : "A notre sens les dispositions nouvelles devaient conduire les tribunaux à abandonner la confusion entre droit de la vente et droit des devis et marchés, car la loi édictait un régime spécial de garantie des vices de menus ouvrages....."

وعلى ذلك ، جاء تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ في ٣ من يناير سنة ١٩٦٧ معدلا نص المادة ٢٢٧٠ من المجموعة المدنيه الفرنسية ، ليصبح على الوجه الذى سبق ذكره (٤٨).

لكن السؤال الذى يفرض نفسه إزاء ما استحدث : مؤداه : ما هو الضمان الذى يعنيه المشرع ، والمتعلق بالأعمال الصغيرة والذى يتخلص منه المهندس والمعماريون والمقاولون وغيرهم ... بمضى سنتين ؟ ما هى شروطه ؟ وما خصائصه ؟ وما أحكامه ؟ هل هو الضمان العشرى ، المقرر بمقتضى المادة ١٧٩٢ مدنى بشروطه وخصائصه وأحكامه ؟ أم هو ضمان آخر غيره ؟ وإذن فأين هو ؟ وما النص الذى تقرر بموجبه ؟ وما هى مدته ؟ وما هى أحكامه ؟

إن المنطق يقضى بأنه لا يمكن أن يكون هو الضمان العشرى المقرر بمقتضى المادة ١٧٩٢ مدنى المشار إليها وذلك لسببين :

أولهما : أن ذلك الضمان مقرر للأعمال الكبيرة - كما سبق البيان - والإجماع منعقد على ذلك(٤٩) والعقل يقتضى ضرورة المغايرة بين ضمان الأعمال الكبيرة ، وضمان الأعمال الصغيرة .

ثانيهما : أن هذا لا يتفق وما تقرره الجملة الأخيرة من المادة ٢٢٧٠ مدنى ، بعد تعديلها بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر من " تخلص المهندسين المعماريين والمقاولين وغيرهم منه (أى الضمان العشرى سالف الذكر) بمضى سنتين " اعتبارا من تاريخ التسلم ، إذ كيف يكون الضمان لمدة عشر سنوات ويتخلص منه بمضى سنتين ؟!

---

٤٨ - انظر فيما سبق نص المادة المذكورة بعد تعديلها هـ٢ ص٩٣٣

٤٩ - انظر فيما سبق من ص ٦٤٦ : ص ٦٦٤ .

لذلك ، فإن الإجماع منعقد هناك على أن المشرع الفرنسى ، قد استحدث بهذه الجملة الأخيرة فى عجز المادة ٢٢٧٠ مدنى ، ضمانا جديدا ، خاصا بالأعمال الصغيرة Les menus ouvrages مدته سنتان (٤٩مكرر) ، يتخلص منه بانقضائها المهندس المعمارى والمقاول وغيرها ممن يرتبط مع رب العمل بعقد إجارة عمل(أى عقد مقاولة) ٠

لكن لما كان المشرع الفرنسى لم يورد بشأن هذا الضمان سوى هذه الجملة الأخيرة من المادة ٢٢٧٠ سالف الذكر ، ولما كانت هذه الجملة - بالإضافة إلى ورودها ضمن النص الخاص بتقادم دعوى الضمان ، وليس النص الخاص بتقرير الضمان ذاته ، الأمر الذى كان مدعاة

٤٩م- حتى أنهم درسوه مستقلا عن الضمان العشرى ، تارة تحت مسمى " الضمان الثنائى " "La garantie biennale" بوبلى : المرجع السابق ط ١٩٧١ ص ١٦٩ ، ص ١٧٣ ، لابان : رسالته السابقة ، ص ١٥٣ ، ليت - قو : المرجع السابق ٠ ط ١٩٧٤ ص ٣٠٢ ، ط ١٩٧٨ ص ٣٢٨ ، ط ١٩٨٢ ص ٣٤٢ ، ومقاله " المسئوليات العشرية والثنائية للمعماريين " يوميات جرينوبل G.P." Journées d'études .. .." ١٩٦٩ -١ ص ١٤ وما بعدها٠ وتارة أخرى ، تحت مسمى :"ضمان الأعمال الصغيرة ،أومسئولية الأعمال الصغيرة "La garantie(ou la responsabilite) de menus ouvrages" سوان : المرجع السابق ٠ ط ص ٣٧٧ شارفيه : رسالته السابقة ص ٣٣٣ ، بيير باديس ، تقرير مقدم لنفس اليوميات المنعقدة بجرينوبل المذكورة G.P. ١٩٦٩ ص ١٩٦ وما بعدها ٠

لما سبق من تساؤل - لا تفي ببيان أحكام هذا الضمان تفصيلا ، لذلك فإنه لا مناص من القول - إعمالا لإرادة المشرع - بخضوعه لذات أحكام الضمان العشري [٥٠]. وذلك فيما عدا شرط المدة فيه، وتعلقه بالأعمال الصغيرة فقط دون الكبيرة من البناء أو المنشآ الثابت الآخر . وهو ما اختص به المشرع من أحكام في الجملة التي ذيل بها المادة ٢٢٧٠ مدني سالفة الذكر .

أما عن بيان أن هذه الأعمال الصغيرة فقط هي التي تشكل محل سريان أحكام هذا الضمان ، أو بعبارة أخرى ، النطاق الموضوعي له ، فهذا ما سبقت دراسته في المبحث الأول من هذا الفصل فنحيل

---

٥٠ - انظر في هذا الخصوص : شارفية . السابق, ص ٣٣٧

"Les termes employés par le législateur leur insertion dans l'art. 2270 C.C. nous semblent devoir entrainer une autre qualification, le parallelisme avec la garantie décennale est frappant..."

وأيضا في ص ٣٤١ :

"Nous avons déjà souligné le parallelisme, sinon la similitude avec les termes de cette dernière Les problèms, eux-méme paraissent se poser identiquement La seul indication donnée par le législateur est la durée du délai;deux ans. Quid de sa nature? présomption? délai préfix?........"

وانظر أيضا ليت - فو : السابق ط ١٩٨٢ ص ٣٤٢ :

عليـــة (٥١) .

إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه أن مشرع قانون ٣ من ينايـــر سنه ١٩٦٧ ، محل الدراسة فى هذا الفصل ، لم يخرج ، فيما يتعلـق بالنطاق الموضوعى ، لسريان أحكام هذا الضمان المستحدث بهـــذا القانون ، عما كان قد اقتضاه القضاء الفرنسى قبل ذلك من ضـــرورة توافر ظرف الخفاء فى العيب الذى يلحق هذه الأعمال بحيث لا يستطيع رب العمل كشفه أو تبينـه عند التسلم (٥٢).

وأما عن بيان شرط المدة فيه . فينبغى التقرير بأن الخـلاف الوحيد بين مدته ومدة الضمان العشرى ، هو خلاف فى المقدار فقط، فحيـن كان مقدار مدة ضمان الأعمال الكبيرة هو عشر سنوات (م ١٧٩٢ مدنى أصلى ومعدل) كان مقدار مدة ضمان الأعمال الصغيرة سنتيـــن (م ٢٢٧٠ مدنى ومعدل)

"En l'absence de précisions dans la loi du 3 janv. 1967 = et dans ses travaux préparatoires, il apparait par ailleurs que la garantie biennale procédait de la technique de la garantie décennale.........."

وانظر أيضا بيير باديس: تقريره سابق الإشارة G.P. ١٩٦٩ -١ ص ١٩٦ بند ٣٠ : "Ainsi les deux régimes ..., ont un régime presque identique ...."

٥١ - راجع فيما سبق من ص ٩٣٢ : ص ٩٤٨ .

٥٢ - راجع فيما سبق ص ٨٤٤ وما بعدها ، وانظر فى نفس المعنـــى شارقيـه : السابق . ص ٣٣٨ .

ولا شك فى أن هذا خلاف يقتضيه المنطق ، وتستوجبه السياسة التشريعية الرشيدة ، وذلك لاختلاف طبيعة الأعمال التى تشكل محل سريان كل من الضمانين ، وإذا كان المشرع الفرنسى قد قدر - بناء على اعتبارات عديدة قامت لدية منذ القانون الفرنسى القديم كما سبق أن بينا [٥٣] - كفاية مدة العشر سنوات لضمان الأعمال الكبيرة فى البناء ، أو غيره من المنشآت العقارية الأخرى ، فهو قد قدر هنا - ولاعتبارات قامت لديه أيضا - كفاية مدة السنتين لضمان الأعمال الصغيرة ، فى ذات البناء ، أو غيرة من المنشآت العقارية الأخرى ، فالتقدير الزمنى هو دائما أمر تحكمى يتعلق بالمشرع يقيمه على ما صدق عنده من اعتبارات وما قام لديه من دواع اقتضت هذا التقرير أو ذاك .

أما فيما عدا هذا الاختلاف المقدارى بين المدتين ، فإن الأحكام التى تسرى على مده الضمان العشرى ، والتى سبق بيانها [٥٤] ، سواء فيما يتعلق ببيان طبيعتها ، أو بدء سريانها ، أو كيفية حسابها ... إلى غير ذلك ، فجميعها يسرى على الضمان الثنائى المتعلق بالأعمال الصغيرة والمستحدث بالقانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر [٥٥] .

أما عن العلة فى اختيار المشرع الفرنسى لمده السنتين بالذات مدةً لضمان الأعمال الصغيرة ، فذلك لاعتبارين : أحدهما شكلى والآخر موضوعى .

---

٥٣ - راجع فيما سبق من ص ٢٨٦ : ص ٢٨٩ .

٥٤ - راجع فيما سبق من ص ٢٨٥ : ص ٢٩٠ .

٥٥ - بلانكييل : مقاله السابق : ص ٧٢٨ عمود ٢ ، لابان : رسالته ص ١٦٠ ، ليت - فو : السابق ط ١٩٨٢ ص ٣٤٢ . وانظر بالنسبة لعدم انقطاع المدة : نقض ٣ فى ١٩٧٦/٤/٢٢ د٠ ١٩٧٦ ص ٥٨ موجز ، Cahiers jur. d'E.G.D.F. مايو ١٩٧٧ ص ٤٩، وبالنسبة لتاريخ بدء سريانها : ذات المحكمة فى ١٩٧٥/١٠/٢٧ القانون والمدنية ١٩٧٦-٢ ص ٢٩٣ تعليق جروسليير .

فأما عن الاعتبار الشكلى ، فذلك أن هذا الاختبار قد تم توفيقا ، أو أخذا بالحل الوسط بين المشروع الذى تقدمت به الحكومة ، ويقضى بأن تكون مدة الضمان للأعمال الصغيرة سنةً واحدةً والمشروع الذى كانت قد تقدمت به اللجنه الممثلة للملاك وأرباب الأعمال ، والذى يقضى بأن تكون مدة الضمان لهذه الأعمال ثلاث سنوات ، فأخذا بالحل الوسط بين المشروعين المعروضين ، قرر المشرع أن تكون مدة الضمان سنتين إرضاء للجانبين (٥٦) .

وأما عن الاعتبار الموضوعى ، فلقد قدر المشرع كفاية مدة السنتين ، لاختبار جودة تنفيذ هذه الأعمال ومتانتها ، ذلك أنه قدر أن مرور دورتين كاملتين بفصولهما الثمانية المختلفة مناخاً فصلين من كل نوع - دون أن يظهر فيها العيب فإن ذلك قرينةٌ على خلو هذه الأعمال من العيوب (٥٧) .

على أن المشرع الفرنسى بتحديده لمدة السنتين ، مدة لضمان الأعمال الصغيرة ، قد عالج بذلك ما كان يؤخذ على هذا الضمان، وهو فى طوره القضائى ، من مثالب تتعلق بالمدة (٥٨) فى استعماليها، سواء كمدة ضمان أو كمدة دعوى .

فأما عن استعمالها كمدة ضمان ، فقد سبق أن رأينا ، عند دراستنا لهذا الضمان فى طوره القضائى ، أن حق رب العمل فى الرجوع

٥٦- سانت ألاري : مقالة السابق . بند ٦٥ وهامش ١١٦ .

٥٧- ليتفو : تقريره . سابق الإشارة . ص١٦ عمود ٢ ، باديس: تقريره . سابق الإشارة ص ١٩٢ عمود ٢ .

٥٨- راجع فيما سبق من ص٩٥٥ : ص٩٦٠ من الفرع السابق وهامش ٤٦ ص ٩٦٤ من هذا الفرع .

على المهندس المعمارى والمقاول بضمان الأعمال الصغيرة يمتد لمدة ثلاثين عاما اعتبارا من تاريخ التسلم ، فى حين أن حقه فى الرجوع عليهما بضمان الأعمال الكبيرة ، يمتد لمدة عشر سنوات ، من تاريخ التسلم أيضا ، مما خلق وضعا غريبا على المنطق ، ناشزا عن قواعد العدالة ، لذلك فإن المشرع الفرنسى باعتداده بمدة السنتين مدة للضمان يكون قد عالج هذا الوضع الذى كان مثارا للنقد ، ووضع بذلك الأمور فى نصابها الصحيح .

وأما عن استعمالها كمدة لدعوى الضمان ، وباعتبارها مدة محددة ومنضبطة ، فقد عالج بها ما كان يؤخذ على مدة دعوى هذا الضمان فى طورة القضائى أيضا من عدم التحديد والانضباط مما أدى إلى التذبذب وعدم الاستقرار ، ذلك أننا سبق أن رأينا ، أن هذه المدة - كما تطلبها القضاء ، منشئ هذا الضمان فى طوره الأول - هى المدة القصيرة ، المنصوص عليها فى المادة ١٦٤٨ مدنى فرنسى ، وهى مدة غير محددة بمدى زمنى معين ، وكان أمر تحديدها من إطلاقات قضاء الموضوع ، دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض (٥٩) ولقد رأينا فيما عرضناه من تطبيقات قضائية لها ، كيف أن القضاء الفرنسى اختلف فى تقديرها فحين قبلت أحدى المحاكم دعوى الضمان هذا بعد فوات أربع سنوات على تاريخ اكتشاف العيب رفضتها أخرى بسبب التأخير فى مباشرتها بينما لم يكن قد مضى على اكتشاف العيب سوى ثلاث سنوات وثلاثة أشهر (٦٠)

---

٥٩ - راجع فيما سبق صـ ٩٥٦ .

٦٠ - راجع هذه التطبيقات القضائية وغيرها صـ ٩٥٦ ومابعدها فيما سبق .

لذلك فإن المشرع الفرنسى باعتداده بمدة السنتين أيضا كمدة لدعوى الضمان يكون قد أنهى الوضع المضطرب ، وقضى على مــا كان يسببه عدم تحديد هذه المدة من قلق بالنسبة لرب العمل .وإن كان يؤخذ على المشرع الفرنسى ، من حيث توحيده للمدتين مقـــدارا ، ماكان ، وما يزال ، يؤخذ عليه بالنسبة لوحدة المدتين أيضا فـى الضمان العشري .

بقيت مسألة ينبغى الإشارة إليها قبل الانتقال من هذا الفرع وهى : مدى تطبيق القضاء الإدارى فى فرنسا ، لضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائى ، بعد صدور القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ معـــدلا نص المادة ٢٢٧٠ مدنى ومستحدثا ضمن ذلك التعديل هذا الضمان[٦١] .

من المعلوم بداءة أن القضاء الإدارى فى فرنسا غير ملتـــزم تماما بتطبيق ذات الأحكام المنصوص عليها بالمادتين ١٧٩٢، ٢٢٧٠ مدنى فرنسى ، وإنما هو يستلهم مبادئها فقط ، طبقا لمـــا يـــراه مناسبا ، وظروف الدعوى المعروضة علية [٦٢].

وإذا كانت الفرصة لم تتح حتى الآن ، لمجلس الدولة الفرنسى- كما يقرر الفقة هناك [٦٣] لكى يفصل فى دعوى متعلقة بضمان الأعمال

---

٦١ - انظر فى موقف القضاء الإدارى من هذا الضمان قبل صدور هـــذا القانون هامش ١٢ صـ ٩٥٢ فيما سبق .

٦٢ - كاستون : السابق . بند ٤٥٨ صـ ٢١٥ وما بعدها ، كاريلا :السابق فصل J صـ D/٦ . مجلس الدولة الفرنسى فى ٢١/٧/١٩٥٣مجليبـون صـ ٧٥٢ . وفى ١٣/٧/١٩٦٣ A.J.D.A. ١٩٦٣ - صـ ٧٠٤ .

٦٣ - لابان : رسالته ، صـ ١٦٢ ، حيث يقرر "Il ne semble pas que le Conseil d'Etat ait eu l'occasion de se prononcer à ce sujet"

وانظر فى نفس المعنى : كاستون : الهامش السابق ، كاريلا : الهامش السابق .

الصغيرة ، أو الضمان الثنائى ، إلا أن هذا الفقه لا يرى أن هنـــاك ما يمنع من تطبيق أحكام هذا الضمان أمام القضاء الإدارى ، إذا ما عرضت عليه دعوى يقتضى الفصل فيها تطبيق هذه الأحكام ، سيـــما إذا كانت الدعوى متعلقة بمبان من تلك التى تكون مشيدة بواسطـــة الإدارة العامة للاسكان المتوسط "des offices publicsHLM. (٦٣مكرر)

---

٦٣ - مكرر- انظر من ذلك بالإضافه إلى المراجع المشار إليهـــا بالهامش السابق - مازو فصول المسئولية ج٢ (سابق) بند١٠٧٠- ٢٤ ص ١٣٥ وما بعدها حيث يقرر "La loi du 3 janv. 1967, qui s'applique aussi bien aux constructions régiés par le droit administratif, qu qux constructions privées

كما يضيف فى نفس المرجع هامش ٢٩ ص ١٢٦: "....que le nouveau texte condamne donc ..... la jurisprudence des tribunaux administratifs qui se refusaient à admettre la garantie des menus ouvrages après la réception"

وانظر أيضا يوبلى المرجع السابق . ط ١٩٧١بند١٧٤ ص ١٢٣ حيث يقرر "On pense également que la garantie biennale s'imposera à la juridiction administrative qui ignorait la garantie des menus ouvrages avant la loi du 3 janv. 1967"

وانظر كذلك ، ليت- فو:المرجع السابق ط ١٩٨٢ ص ٣٣٨ حيث يقرر "....à défaut de distinction selon la nature juridique des Travaux, les precisions sus-enoncées doivent étre considerées comme applicables en droit administratif aux travaux publics"

ويستند كاستون فى هـــذا الخصـــوص (مقـــالة السابــــق) "Le notion de gros ouvrages A.J.R.I. 1969, p. 309" إلى الأعمال التحضيرية للقانون رقم ٥٤٧ لسنه ١٩٦٧ فـــى

وينقل كل من كاستون (٦٤) ولابان (٦٥) عن كانتيلوب (السابق ص ٢٤٦) ما نص

"Il parait difficile de considérer la garantie binnale comme un élément accessaire, une disposition secondaire de l'article 2270; il semble bien qu'elle constitue un principe posé par cet article"..... "...qu'il serait anormale de ne pas reconnaitre aux propriétaires d'immeubles construits pour les offices publics d'H.L.M. les meme droits que si la construction avait été élevée par une société privée."(٦٦)

= ٧ من يوليو سنه ١٩٦٧ (J.O. 9 juil 1967 P.6869) حيث قدطرح بالجمعية الوطنية طلب بقصر الضمان الثنائى على المساكن المعده للاستعمال السكنى أو المهنى ، ولكن هذا الطلب قد رفض بحجة أنه من الأنسب أن يحتفظ بذات الضمان بالنسبة لكل العقارات الأخرى غير المعدة للسكن (J.O.D.A.N. 24 janv.1967 P.2142)
ويمكننا أن نضيف الى هذا القول من الفقة الفرنسى، ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي فى حكمة الصادر بشان قضية "مستشفى ملجا سييس" hopitale hospice de Sées "من أن المسئوليه الثنائيةالتى تاتى من هذا النص (نص المادة ٢٢٧٠ مدنى فرنسى بعد تعديلها بقانون ٣ من يناير سنه ١٩٧٦ سالف الذكر) لا يجوز اعمالها بشأن عقد سبق أن أبرم فى سنه ١٩٦٥ (مجلس الدولة الفرنسى فى ٧ من مارس سنه ١٩٧٣ ليبون صـ ٢٠٢ . أشار اليه أيضا مودرن . مقالة السابق ، M.T.P. عدد ٢٦ من يونية ١٩٧٨ ص ٣٨ عمود ٣) فمفهوم المخالفة لقضاء المجلس هذا أن العقد لو كان قد ابرم بعد تاريخ سريان القانون رقم ٣ لسنه ١٩٦٧ سالف الذكر والمعدل لنص المادة ٢٢٧٠ مدنى سالف الذكر ، لكان يمكن أن ينطبق علية هذا النص بعد تعديله ، بمعنى أنه يمكن أن تسرى عليه أحكام المسئولية الثنائية المستحدثة بمقتضى هذا النص بعد تعديله بالقانون المذكور .

٦٤-الهامش السابق .

٦٥-رسالته . صـ ١٦١ ، ١٦٢ .

٦٦- وأمانة البحث تقتضينا أن نقرر أننا لم نجد بالنسخة المصورة بمعرفتنا للمولف كانتيلوب : "La responsabilité decennale des entrepreneurs en droit public français" ط ١٩٦٦(وهو نفس ما أشار إليه لابان) صـ ٢٤٦ ـ هذا الذى نقله =

= هذان الكاتبان عن كانتيلوب . إذ أن الصفحة المذكورة وجدنا بها قائمة المراجع وأن ما جاء عن الأعمال الصغيرة في المرجع المذكور جاء في الصفحات من ص ٤٢ : ص ٤٥ بعنوان :

"Les menus ouvrages;Définition et régime de responsabilité"

وبرجوعنا إليه لم نجد فيه ما نقل عنها . ونحن ننقل حرفيا ما وجدناه مدونا في المرجع المذكور ص ٤٤، ٤٥ .

"Un tel régime de responsabilité pour menus ouvrages risque-t-il d'être appliqué en matière de travaux publics et cela serait-il souhaitable? Il ne le semble pas pour deux raisons principales :

"D'un part, dans les marchés de travaux publics les cahiers des charges prévoient le plus souvent en délai de garantie délai d'un an en général. Ce laps de Temps est en pratique suffisant pour apprécier la solidité des menus ouvrages. Le "bref délai" que les juges civils accordent aux propriétaires pour faire réparer les malfaçons ne fait que supplieer à l'absence d'un délai de garantie, trop fréquente dans les contrats d'entreprise de droit privé.

"D'autre part, la nécessite de faire jouer la responsabilité des constructeurs n'apparait nettement que pour les malfaçons qui affectent de façon grave les menus ouvrages. Or dans cette hypothèse le Conseil d'Etat, comme on va le voir, ne fait pas de l'existence des menus ouvrages un obstacle absolu à l'application de la garantie décennale"

وانظر فيما سبق هامش ٢ : ص ٩٥٢ .

" الفصل الثاني "

الضمانات المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ م

عرضنا فى الفصل السابق ، لما استحدثه المشرع الفرنسى بتدخله التشريعى الأول من ضمان للأعمال الصغيرة ، لمدة سنتين اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل . إلا أن هذا الذى استحدث تشريعيا بمقتضى هذا التدخل ، لم يكن من العمق والشمول، والاستجابة لمقتضيات الحياة المعاصرة ، بحيث يقنع به دعاة الإصلاح لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، من رجال الفقه والقضاء ، وغيرهم ممن يعمل فى هذا المجال من النشاط البشرى . ذلك أنهم وجدوا فيه مجرد تقرير لواقع جرى منذ زمن ليس بالقريب ، بالإضافة إلى أنه - فضلا عن إغفاله لما بلغه فن المعمار من تطور بعيد فى حياتنا المعاصرة - قد خلا من النظرة المستقبلية لما يمكن أن يبلغه هذا المجال من النشاط البشرى من تطوير وإغراق فى استعمال الآليات ، وخضوع ، قد يصبح تاما، لفكرة تصنيعه .

لذلك لم يكف دعاة الإصلاح عن المناداة بالتدخل التشريعى لوضع نصوص تعالج كل ذلك ، عتجمع الماضى إلى الحاضر ، وتتطلع لمستقبل ، فكان - كما رأينا، وكما أسماه الفقه الفرنسى - الإصلاح الشامل لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، الذى صدر به القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، المذكور بعاليه ، حيث لم يكتف فيه المشرع الفرنسى ، بأن أحل محل ضمان الأعمال الصغيرة ، أوالضمان الثنائى ، ضمانا أسماه :ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل "La garantie de bon fonctionnement " ولمدة، بحد أدنى، سنتين اعتبارا من تاريخ التسلم ، بل استحدث - تشريعيا كما قلنا ولأول مرة - ضمانا آخر أسماه ضمان تمام الإنجاز (أو الضمان السنوى) "La garantie de parfait achèvement"

ولمدة سنة واحدة اعتبارا من تاريخ التسلم أيضا .

وعلى ذلك ، فسيكون هذان الضمانان محل دراستنا في هذا الفصل على أن نفرد لكل منهما مبحثا خاصا .

المبحث الأول : ضمان (أو المسئولية عن) كفاءة الأداء أوضمان انتظام العمل .
" La garantie de bon fonctionnement" "

المبحث الثانى : ضمان تمام الإنجاز (أو ضمان التشطيب) أو الضمان السنوى .
"La garantie de parfait achèvement" "

" المبحث الأول "

ضمان (أو المسئولية عن) كفاءة الأداء أو انتظام العمل(١)

"La Garantie de Bon Fonctionnement"

رأينا فى الباب السابق ، كيف ميزت المادة ٢٢٧٠ من مجموعة نابليون للقانون المدنى ، فى مجال أعمال التشييد والبناء ، وطبقا لطبيعة الأعمال وأهميتها ، بين الأعمال الكبيرة

---

١ - يلاحظ هنا أيضا - كما هو الحال فى الضمان أو المسئولية العشرية - أن المشرع الفرنسى يستعمل كلمة " ضمان garantie" " وكلمة " مسئولية responsabilité" كمترادفين أى بذات المعنى ، دون أن يهتم بالوقوف عند المعنى الدقيق لكل من الكلمتين . فنجده فى المادة ١٧٩٢ - يستعمل كلمة " ضمان La garantie de bon fonctionnement" بينما فى المادة ٢٢٧٠ يجمع بين الكلمتين "... est déchargée des responsabilités et garanties pésant sur elle" فاستعماله لصيغة الجمع يدل على أنه يعدل بينهما فى المعنى ، أى يستعملهما كمترادفين - وإلا لكانت عبارته "... est déchargée de la responsabilite et de la garantie pésant sur elle" باعتبار أنه لايوجد سرى مدة عشرية واحدة ، ومدة = على الأقل - ثنائية واحدة . وفى هذا المعنى يقول مودرن (مقاله السابق منشور فى M.T.P. عدد ٢٦ يونية ١٩٧٨ ص٣٨ عمود ١)

"Il n'est pas certain que les termes 'responsabilite' (décennale),"garantie (biennale , au minimum) doivent étre ainsi opposés l'ideé de "garantie" avant été parfois mise en avant pour tenter d'expliquer les particularités du régime de la responsabilité décennale ou biennale tel qu'il était organisé avant la réforme législative de 1978"

وأخضعتها للضمان أوالمسئولية العشرية المقررة بالمادة ١٧٩٢

* وانظر في هذا المعنى، أيضاً، سوان : المرجع السابق جـ١ صـ٣٧٩ ،
بـ. جروس B.GROSS " فكرة الالتزام بالضمان في قانون العقود "La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats"، رسالة من نانسي ١٩٦٢ صـ١٠٣
ومع ذلك فإن غالب الفقه الفرنسي يطلق عليه كلمة " ضمان "garantie" إما مضافة " ضمان كفاءة الأداء "La garantie de bon fonctionnement" أو منعوتة " الضمان الثنائي La garantie biennale " ويرى وجوب قصره على هذه التسمية لأن المشرع وقد أطلق عليه " كلمة " ضمان garantie " إنما أراد أن يقابل بينه وبين المسئولية العشرية ، ولم يكن إطلاق هذه الكلمة عليه جزافاً . وممن ذهب هذا المذهب : جروسلبير : مقاله السابق "La réforme ...." بند ٣ صـ١١ حيث يقرر

"On se trouve donc en présence de deux techniques juridiques distinctes, au moins dans le langage de la loi, d'une part la responsabilité décennale qui constitue la clé de voute de l'ensemble, d'autre part un systeme de garanties qui complète la responsabilité ...."

وهو في مقاله الآخر " .... Glossaire" أكثر بياناً حيث يقرر : "...d'abord, le terme de garantie n'est pas pris à l'égère, il employé pour faire contraste avec la responsabilité décennale"
وانظر من هذا الرأي أيضاً : كاستون : مقاله السابق ". La réforme" صـ١٠٧ : ١٠٩ ، زير فليه : مقاله السابق "Le nouveau" منشور في Administrer عدد نوفمبر ١٩٧٨ صـ٨ ، بوبلي : مقاله السابق : بندي ٣٧ ، ٣٨ صـ١٠ عمود ٢ ، ميشيل بييس : مقاله السابق "La réforme.." منشور في Administrer عدد يونيو ١٩٧٩ صـ١١ و جان لامير وهنري مارجيا "Jean Lamur et Henry Margéat" مقالهما "Le nouveau droit" منشور في " Assu. Française " عدد فبراير ١٩٧٩ صـ٩٧ عمود ٢، ديزل C. Desille مقاله "Responsabilite et assurance dans le domaine de la construction"

*

من ذات المجموعة ،وبين الأعمال الصغيرة التى ترك أمر المسئولية

* منشور بذات المجلة السابقة عدد يوليو ١٩٧٨ ص ٤٦٩ عمود ١ ، ٢ ، كوستا : مقاله السابق . ص ٤٤ عمود ٢ .

فى حين يتبع بعض من الفقه الفرنسى ذات مسلك المشرع فيطلق عليه أحيانا لفظ الضمان وأحيانا لفظ المسئولية من ذلك على سبيل المثال : ليت - فو : حيث يخصه بلفظ "المسئولية" فى مقاله . "La loi du 4 janv. 1978, Eléments dissociable et responsabilité biennale "G.P. 1979,1,p.301.

ويطلق عليه اللفظين معا فى مؤلفه السابق " قانون البناء " ط ١٩٨٢ ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

(٢) كذلك يلاحظ أيضا أن بعض الفقه الفرنسى - على خلاف مسلك مشرعه يطلق على هذا الضمان اسم " الضمان الثنائى " أو " المسئولية الثنائية " على نحو مارأينا فى الهامش السابق . وفى تقديرنا فإن هذا إطلاق غير سديد ، ذلك أن هذا الضمان (أو المسئولية)" لم يخصه المشرع الفرنسى بمدة محددة لايزيد عنها ، كما هو الحال فى الضمان أو المسئولية العشرية ، ولكن ماقرره المشرع له ، بصريح نص تقريره وهو المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى مستحدثة ، هو مجرد حد أدنى من المدة "..d'une durée minimum de deux ans" ومفاد هذا النص أنه يجوز للأفراد أن يتفقوا تعاقديا فيما بينهم على مدة أطول لهذا الضمان من سنتين ، وعلى ذلك فالأمر فيما زاد عن السنتين مناطه الاتفاق . انظر ممن يطلق التسمية محل الاعتراض : ليت - فو : مقاله السابق . ص ٣٠٢ عمود ١ ، جروسليير مقاله السابق " ...Glossaire " ص ٦٠٤ ، مودرن مقاله السابق ص ٣٧ عمود ٣ ، مازو وجيجلار : دروس ، ج٣ بند ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٨ . وانظر ممن يعترض عليها : شيبييرج C.A. THIBIERGE مقالة : "Responsabilité et assurance dans le domaine de la construction apres la loi du 4 janv. 1978" منشور فى Réper Not. ١٩٧٩ -١ ص ٦٨١ وتقرير سيو ريشوم M. Richomme مقرر اللجنة التشريعية بمجلس النواب الفرنسى . ص ٢١ (J.O.D.A.N.1977N 3368) جالشيه : مقاله السابق . ص ٥٤ عمود ١ ، ديزل: مقاله السابق ، ص ٤٦٩ عمود ١ ، ٢ ميشيل بييس : مقاله السابق ص ١١ حيث يقرر أن الحد الأدنى هنا *

عنها لأحكام القواعد العامة [٣] .

ثم رأينا فى الفصل السابق من هذا الباب كيف أن المشرع الفرنسى قد قنن - مع شىء من التعديل - بالجملة الأخيرة التى أضافها إلى عجز المادة ٢٢٧٠ مدنى سالفة الذكر بمقتضى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٨ ، ما كان قد استقر عليه القضاء ، مؤيدا من الفقه من تضمين المهندس المعمارى والمقاول العيوب التى تشوب الأعمال الصغيرة ، والتى لم يكن ليشملها الضمان العشرى طبقا لأحكام المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ فى صياغتهما الأصلية ١٨٠٤ [٤] .

واتفاقا مع الأثر المحدود للتعديل الذى أجراه المشرع الفرنسى بمقتضى هذا القانون لأحكام هذه المسئولية الخاصة [٥]. فلم يشأ أن يخرج عن معيار التمييز الذى اتبعته مجموعة نابليون بين الأعمال الكبيرة ، والأعمال الصغيرة ، بل أكمل بهذا القانون حلقاته باستحداث هذا الضمان الجديد لتلك المجموعة الأخيرة من الأعمال .

ثم رأينا أخيرا - فى الفرع الثانى من المبحث الثانى من الباب السابق - كيف أن المشرع الفرنسى قد هجر فى إصلاحه الجديد لأحكام هذه المسئولية ، معيار التمييز الذى كان قد ارتضاه منذ وضع مجموعة نابليون فى القانون المدنى سنة ١٨٠٤ مرورا بقانون ٣ من يناير سنة ١٩٦٧ ، وهو - كما قلنا - معيار الاعتداد بطبيعة الأعمال وأهميتها ، للتمييز بين نطاق تطبيق الضمان العشرى ونطاق

---

* متعلق بالنظام العام ، روليه وبييس : مقالهما " تعليق على القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ المتعلق بالمسئولية والتأمين فى مجال البناء " .D.G.A ١٩٧٨ ر١ ص ١١٦ عمود ٢ .
C.A. THIBIERGE

(٣) أنظر فيما سبق من ص ٥٩٤ : ٦٤٦ وانظر بالإضافة إلى ذلك الهامش السابق *

(٤) راجع فيما سبق من ص ٩٣٣ : ٩٧٥ ، وأنظر بالاضافة الى ذلك: مازو وطول المسئولية جـ ٢ بند ١٠٧٠ - ٢٤ ص ١٣٤ ، جالشيه : مقاله السابق ، ص ٥٤ عمود ١ ، مودرن : مقاله السابق ، ص ٣٧ عمود ٣ .

(٥) إذ أنه لم يكن صادرا فى الأصل لهذا الغرض ، بل بقصد تنظيم أحكام بيع العقارات تحت التشييد . (J.O. 4 Janv. 1967)

تطبيق الضمان الثنائى واستحدث فى هذا الإصلاح معيارا جديدا قوامه النظر إلى الوظيفة التى يؤديها العنصر من عناصر العمل المشيد فإن كان هذا العنصر يؤدى وظيفة تشييديه أى تكوينية فى العمل عد من العناصر التكوينية فيه " Des éléments constitutifs " التى أخضعها لضمان العشرى ، وإن كانت الوظيفة تجهيزية إعدادية اعتبر العنصر من العناصر التجهيزية أو عناصر الإعداد " des éléments d'équipement " التى أخضعها - كقاعدة - لضمان كفاءة الأداء أو جودة التشغيل أو انتظام العمل "La garantie de bon fonctionnement " أى كفاءة أداء هذه العناصر لوظائفها المنوط بها أداؤها فى العقار المشيد (٦) .

لكن هل أخضع المشرع الفرنسى فى إصلاحه الجديد كل عناصر التجهيز والإعداد هذه ، لضمان كفاءة الأداء هذا ، أم كان له فى ذلك مسلك آخر ؟

الإجابة على هذا التساؤل ضمنها المشرع الفرنسى للمادتين ١٧٩٢ - ٢ مدنى ، ١٧٩٢ - ٣ مدنى ، المستحدثتين والمادة ٢٢٧٠ مدنى المعدلة بمقتضى إصلاحه الجديد لأحكام هذه المسئولية الخاصة الصادر به القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ فى ٤ من يناير ١٩٧٨ سالف الذكر. حيث قضى كما رأينا - فى المادة ١٧٩٢ - ٢ بأن " تمتد قرينة المسئولية المنصوص عليها بالمادة ١٧٩٢ السابقة إلى الأضرار التى تؤثر فى متانة وسلامة العناصر التجهيزية فى المبنى Bâtiment ولكن فقط تلك التى تشكل (فى العقار المشيد) جسما غير قابل للانفصال " indissociablement corps" مع أعمال المنافع العامة

(٦) أنظر، فيما سبق، ص ٨٧٥ وما بعدها ، وأنظر أيضا ، بالإضافة إلى ماذكر هناك فى أن المعيار الذى أتى به مشرع ١٩٧٨ قد خلق أوضاعا معقدة ، بوبلى : فى تقرير له مقدم إلى يوميات C.N.R.C. فى ١٤ من يونيو ١٩٧٨ . وأيضا مرجعه السابق ط ١ ١٩٧٩ بند ٤٧ ص ٢٥ .

"de viabilite" أو الأساس "de fondation " أو الهيكل " d'ossature " أو السياج (السور) "de clos " أو المظلة " de couvert ".

ويعتبر عنصر التجهيز مكونا جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المذكورة فى الفقرة السابقة ، عندما لايمكن أن يتم فصله عنه ، أو نقله منه ، أو أستبداله بغيره فيه ، دون أن يصاب ذلك العمل بالتلف ، أو رفع بعض من مادته (٧) " .

كذلك نص فى المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى بأن " عناصر التجهيز الأخرى للمبنى Bâtiment تكون موضوعا لضمان كفاءة الأداء لمدة سنتين ، بحد أدنى ، اعتبارا من تاريخ تسلم العمل (٨) " .

كما قضى فى المادة ٢٢٧٠ مدنى معدلة أيضا ، بأن " كل شخص طبيعى أو معنوى يمكن أن تكون مسئوليته منعقدة طبقا للمواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢ - ٤ من هذا القانون . يكون متحررا من المسئوليات والضمانات التى تثقل كاهله ، بالتطبيق للمادتين ١٧٩٢ ، ١٧٩٢ - ٢ بعد عشر سنوات ، اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال ، أو بالتطبيق للمادة ١٧٩٢ - ٣ بانقضاء المدة المذكورة فيها (٩) .

---

(٧) انظر فيما سبق المادة المذكورة هامش ٤ ص ٨٧٣ .

(٨) Art. 1792-3 (Loi N° 78-12 du 4 janv. 1978) "Les autres éléments d'équipment du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage"

(٩) Art 2270 (Loi 78-12,4 janv. 1978)"Toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engangée en vertu des articles 1792 à 1972-4 du présent code est déchargé des responsabilités et garanties pesant sur elle, en application des articles 1792 à 1792-2 après dix ans à compter de la réception des travaux, ou en apllication de l'art 1792-3 à l'expiration du délai visé à cet article"

ويتضح ، للوهلة الأولى ، من جماع هذه النصوص الثلاثة أن المشرع الفرنسى فى إصلاحه الجديد هذا لم يوحد المعاملة بالنسبة للعناصر التجهيزية أو عناصر الإعداد جميعها ، وإنما ميز فيما بينها تمييزا ، لايقوم على الوظيفة فى هذه المرة ، إذ الوظيفة واحدة ، هى وظيفة التجهيز والإعداد للعمل المراد إنشاؤه ، وإنما يقوم على درجة أو كيفية التحام عنصر التجهيز أو الإعداد ببعض الأعمال ، فى العقار المشيد . فكان تمييزه هذا مابين عنصر يلتحم بأحد الأعمال المنصوص عليها فى نهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ التحاما غير قابل للانفصال عنه ، دون أن يصاب ذلك العمل بالتلف والفساد ، أو على الأقل رفع بعض من مادته [١٠]. وبين عنصر لايصل إلى هذه الدرجة من شدة الالتحام والالتصاق وإنما يكون التحامه بأحد تلك الأعمال والتصاقه به بحيث يقبل الانفصال عنه" dissociable " متى أريد ذلك ، دون أن يصاب ذلك العمل بضرر أو تلف ، يكون محل اعتبار من جانب رب العمل ، أو من يتلقى عنه ملكيته [١١] ورتب على الاختلاف فى هذه الدرجة أو الكيفية فى الالتحام أو التركيب بين هذا العنصر وأحد هذه الأعمال ، اختلافا فى المعاملة ، وتباينا فى الحكم .

فبينما أخضع النوع الأول من تلك العناصر - أى العناصر التى تكوّن مع واحد من تلك الأعمال جسما غير قابل للانفصال "Indissociablement corps" - للضمان العشرى - فدخلت بذلك فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ذلك الضمان - وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٩٧٢ - ٢ مستحدثة، سالفة الذكر ، إذا به يخضع النوع الثانى منها - أى العناصر التى تقبل الانفصال "dissociables" عما تلتحم به من تلك الأعمال - للضمان الآخر،

---

(١٠) أنظر الفقرة الثانية من المادة المذكورة هامش ٩ ص ٨٧٣ فيما سبق .

(١١) انظر فى هذا النوع على وجه الخصوص . ليت - فو : مقالة السابق - "Éléments dissociables...." ص ٣٠١ .

-وهو ضمان كفاءة أداء هذه العناصر لوظيفتها فى العقار المشيد- وذلك بمقتضى المادة ١٧٩٢ - ٣ مستحدثة، سالفة الذكر .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسى مجمع على أن مشرعه قد أحل هذا الضمان محل الضمان الثنائى ، الذى كان المشرع قد قننه تشريعيا - كما سبق أن أشرنا - بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ فى ٣ من يناير سنة ١٩٦٧، سالف الذكر [١٢] . حتى أن بعض الفقه الفرنسى جعل منه الوارث الشرعى الوحيد لذلك الضمان أو تلك المسئولية [١٣] ، أو أنها - على حد قول من يطلق عليها لفظ مسئولية - ليست إلا الإبنة الشرعية لها [١٤] .

ولما كان النوع الأول - أى العناصر التى تشكل مع أحد تلك الأعمال جسما غير قابل للانفصال - قد سبقت دراسته فى الباب السابق الذى خصص لدراسة النطاق الموضوعى للضمان العشرى ، بما فى ذلك هذا الضمان طبقا لأحكام هذا القانون الجديد ، باعتبار أنه (أى هذا النوع من العناصر) يشكل جزءا من هذا النطاق ، بعد امتداده إليه بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر ، فإننا نحيل بشأنه إلى تلك الدراسة تجنبا للتكرار [١٥].

وترتيبا على ذلك ، فإننا نخص هذا المبحث بدراسة هذا الضمان ، الذى أسماه المشرع الفرنسى "La garantie de bon fonctionnement" أى ضمان كفاءة الأداء ، أو جودة التشغيل أو انتظام العمل . والذى ضمن أحكامه نص المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى

---

(١٢) جروسليير : مقاله السابق " Glossaire" ص ٤٠٦ ، كوستا : المقال السابق ، ص ٤٤ عمود ٢ ، ليت - فو : المرجع السابق ص ٣٤٣ ، والمقال السابق ص ٣٠١ .

(١٣) شيبيرج : المقال السابق . بند ١٣ ص ٦٨١ .

(١٤) روسيل : المرجع السابق . A21 § .

(١٥) انظر، فيما سبق، من ص ٩١٤ : ص ٩٢١ .

مستحدثة، ومكملة بالمادة ٢٢٧٠ مدنى معدلة سالفة الذكر .

واستقراء نص تقرير هذا الضمان [١٦] ، يقتضى الحديث فى هذا المبحث عن أمرين [١٧] هما : نطاق تطبيقه ، ونظامه القانونى على أن يتم الحديث عن كل منهما فى فرع خاص ، على أن نردف ذلك بفرع ثالث ، نودعه تقديرنا لهذا الضمان ، وبيان مدى حاجتنا فى مصر لتقرير مثله .

الفرع الأول : نطاق تطبيق ضمان كفاءة الأداء .

الفرع الثانى : النظام القانونى لضمان كفاءة الأداء .

الفرع الثالث : تقديرنا لضمان كفاءة الأداء ، وبيان مدى حاجتنا فى مصر لتقرير مثله .

---

(١٦) انظر فيما سبق نص المادة ١٧٩٢ - ٣ هامش ٨ ص ٩٨٤ .

(١٧) أما فيما يتعلق بالشروط العامة اللازمة لتطبيق أحكامه ، من ضرورة وجود عقد مقاولة ، وضرورة تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل ، فنحيل بشأنها إلى ما سبقت دراسته فى الباب الأول من هذه الدراسة - من ص ٧٥ : ص ١٣٥ ومن ص ١٣٧ : ص ٢٧٨ على الترتيب - باعتبارهما شرطين عامين لتطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة الذى يعتبر هذا الضمان جزءاً مكملاً فيها ، كما سبق القول .

" الفـرع الأول "

نطاق تطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء أو أنتظام العمـل

يقتضى تطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء أو أنتظام العمل - وكأحكام أى ضمان آخر - أشخاصا يشكلون مجاله ،أو نطاق تطبيقـه ، الشخصى ، وعلاقة مادية تقوم بين هؤلاء الأشخاص ، تشكل مجالـه ، أو نطاق تطبيقه ، الموضـوعـى .

وعلى ذلك نرى دراسة هذا الفرع فى مطلبين مستقلين،بينما نخصص الأول منهما لبيان النطاق الشخصى لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء ، نجعل الثانى منهما لعرض النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذا الضمان .

المطلب الأول : النطاق الشخصى لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء
=============

المطلب الثانى : النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء
=============

المطلـب الأول

النطاق الشخصى لتطبيـق أحكام ضمـان كفاءة الأداء

بيان وإحـالـة

لما كانت المادة ١٧٩٢ - ٣ مستحدثة سالفة الذكر - وهى نص تقرير ضمان كفاءة الأداء - لم تتضمن أى بيان عن الأشخـاص المدينين أو الدائنيـن بهذا الضمان،لذلك فقد ذهب رأى فريـد

فى الفقه الفرنسى [١] . إلى أن هذا الضمان لايسأل به إلا المقاول باعتباره هو الوحيد الذى يتولى تركيب عناصر التجهيز بالمبنى " Bâtiment " .

ورغم أن صاحب هذا الرأى ، لم يبين السند القانونى لقوله ، إلا أننا نستطيع التقرير بأنه استند فى ذلك إلى نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٤ المستحدثة أيضا بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨، سالف الذكر ، والتى تقضى بمسئولية الصانع ، لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزى به ... ، تضامنيا مع مؤجر العمل الذى قام بوضع هذا المصنوع موضع التنفيذ ، دون تعديل فيه وطبقا لتعليمات صانعه [٢] . فصاحب هذا الرأى قد انضم إلى الرأى القائل بأن المسئول الوحيد تضامنيا مع الصانع هو فقط المقاول الذى قام بتركيب أو تثبيت المصنوع - أيا كان - فى مكانه من العقار [٣] .

إلا أنه فيما عدا هذا الرأى ، فإن الفقه الفرنسى يجمع على أن النطاق الشخصى لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء هذا هو بذاته النطاق الشخصى لتطبيق أحكام الضمان العشرى ، دونما اختلاف فيما بين الاثنين ، إلا فيما يتعلق بالمراقب الفنى فقط فهو وحده الذى لايخضع لأحكام هذا الضمان [٤] . ذلك أن المادة

---

(١) شيبييرج : مقاله السابق ، بند ١٧ ص ٦٨٢ .

(٢) أنظر فى ذلك ماسبق بيانه بالنسبة لمسئولية الصانع التضامنيه من ص ٥٢٣: ٥٣٧

(٣) انظر فيما سبق عرضا للقائلين بهذا الرأى ، وتأييدنا للرأى الغالب القائل بخلافه من ص ٥٢٤ : ص ٥٢٧ .

(٤) انظر من هذا الفقه على سبيل المثال: بلانكييل :مقاله السابق "Refléxions.." G.P. ١٩٧٨ -(ص ٥٨٧ عمود ٢ ، جالشيه :مقاله السابق ص ٥٤ عمود ١ ، مودرن: مقاله السابق M.T.P. عدد ١٩٧٨/٦/٢٦ (ص ٣٨ عمود ٢ ، زيرفليه :مقاله السابق ، ص ٨ عمود ٢ .

التاسعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، تقضي بأن " المراقب الفني يكون خاضعا ، في حدود المهمة التي يعهد بها إليه رب العمل ، لقرينة المسئولية المقررة بالمواد ١٧٩٢، ١٧٩٢ - ١ ، ١٧٩٢ - ٢ من المجموعة المدنية ، والتي تتقادم طبقا للشروط المنصوص عليها بالمادة ٢٢٧٠ من ذات المجموعة (٥) " فمعنى عدم ذكر هذه المادة للمادة ١٧٩٢ - ٣ التي تقرر بموجبها هذا الضمان ، هو عدم سريان أحكامها ، أي عدم سريان أحكام هذا الضمان ، على المراقب الفني الذي يوكل إليه رب العمل مهمة الرقابة الفنية على عملية التشييد والبناء (٦) .

وعلى ذلك ، ولما كنا نشاطر الفقه الفرنسي رأيه فيما ذهب إليه من أن النطاق الشخصي لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء ، المنصوص عليه بالمادة ١٧٩٢ - ٣ سالفة الذكر ، هو بذاته النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان العشري المنصوص عليه بالمواد ١٧٩٢ ، ١٧٩٢ - ١ ، ١٧٩٢ - ٢ فيما عدا ما أستثنى بنص خاص على ماسبق بيانه ، فإننا نحيل بهذا المطلب إلى ماسبق من دراسة في هذا الخصوص . وذلك منعا من التكرار والإطالة من غير مبرر .

" المطلب الثاني "

النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء

لما كان ضمان كفاءة الأداء يقتضي - كسابقه - محلا يرد عليه ، كما يقتضي إعمال أحكامه أسبابا توجب هذا الإعمال . لذلك فإننا نرى معالجة النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان ، في نبذتين مستقلتين :-

---

(٥) أنظر، فيما سبق، نص المادة المذكورة هامش ٤٤ ص ٤٧٥ .

(٦) انظر، في بيان مسئولية المراقب الفني، من ص ٤٧٠ : ص ٤٨٠ فيما سبق .

النبذه الأولى : الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان كفاءة الأداء .

النبذة الثانية : السبب الموجب لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء .

النبذة الأولى : الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان كفاءة الأداء

يتضح من جماع نص المادتين ١٧٩٢ - ٢ فقرة أولى ، ١٧٩٢ - ٣ مدنى فرنسى مستحدثين بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، أن الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان كفاءة الاداء هى: عناصر التجهيز أو الأعداد بالمبنى " Bâtiment " تلك التى لاتشكل مع أحد الأعمال المذكورة بنهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢- ٢ سالفة الذكر ، جسما غير قابل للانفصال . أو بعبارة أخرى ،عناصر التجهيز أو الأعداد فى المبنى " Bâtiment " التى يكون من الممكن فكها أو نقلها أو أستبدالها بغيرها بسهولة ويسر ، ودون أن يصاب ما كانت تتصل به من أعمال ، أو أجزاء فى العقار بضرر أو فساد أو رفع جزء من مادة تكوينة [١] . وهذا هو مقتضى مفهوم المخالفة من الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٢ التى تقضى بأن عنصر التجهيز يكون معتبرا مكونا جسما غير قابل للإنفصال عن أحد الأعمال المذكورة بالفقرة الأولى من ذات المادة ، عندما يكون من غير الممكن فصه عنه ، أو نقله منه ، أو أستبداله بغيره فيه دون أن يلحق ذلك العمل عطب أو يشوبه فساد ، أو حتى ترفع مادته عنه [٢] .

---

(١) مازو وجيجلار : دروس : جـ٣ ، سابق الإشارة بند ١٣٦٨ - ٥ صـ ٨٠٨ جروسليير : مقاله السابق " ... Glossaire " لفظ " Garantie de bon fonctionnement " صـ ٤٠٧ .

(٢) انظر فيما سبق نص الفقرة المذكورة من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر . هامش ٩ صـ ٨٧٣ .

مقتضى هذا ، أن الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان كفاءة الأداء، ليست بالعمل ذاته ، أو حتى بجزء من العقار المشيد ، ولم تكن على الأقل بعناصر التكوين فيه ، بل هى عناصر التجهيز أو الأعداد ، بل وليست عناصر التجهيز أو الأعداد فى كل مايقام أو يشيد من انشاءات عقارية ، بل عناصر التجهيز أوالأعداد فى المبنى "Bâtiment" فقط ، وعلى وجه الخصوص ، بل وحتى عناصر التجهيز فى المبنى " Bâtiment " ليست كلها تشكل محل ورود أحكام ضمان كفاءة الأداء ، بل فقط تلك العناصر التجهيزية منها التى لاتشكل جسما غير قابل للأنفصال مع واحد من الأعمال المنصوص عليها بنهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر(٣) .

وإذا ما حاولنا تطبيق ذلك الذى يقال على الواقع العملى لأسفر ذلك التطبيق عن أن أهم مايدخل فى هذا النطاق ، هو مجموع الأجهزة والآلات والأدوات الميكانيكية والكهربائية التى تلحق بالعقار المشيد لتجهيزه لتأدية وظيفته ، والتى يركبها المقاول بالحالة التى تسلمها عليها ، وطبقا لقواعد وتعليمات صناعها(٤) . وكذلك بعض المنقولات التى تثبت بالعقار على سبيل الدوام والاستمرار كالأبواب والشبابيك والقواطيع والفواصل (٥) ، شريطة أن يتم تركيبها بحيث يمكن فصلها ونقلها منه دون تلف أوإضرار(٦) .

---

(٣) روسيل ومعاونيه :المرجع السابق، A21 $\frac{2}{4}$ ،كاريلا:المرجع السابق، فصل(ق) ص ٨-C ، ليت.فو:المرجع السابق.ص ٣٤٣ ،ياقوت المرجع السابق بند ٥٣ ص ١٣٦

(٤) جروسليير:مقاله ".. La réforme " ص ١٨ ،ومقاله الآخر "Glossaire" ص ٤٠٦

(٥) بوبلى : المرجع السابق ، ط ١٩٧٩ بند ٤٠٨ ص ٢٥٩ .

(٦) كاريلا: المرجع السابق،فصل G ص ٨ C,B ، حيث يمثل لهذه العناصر ب

"Les chaudières- les ascenseurs et monte - charge - les appareils électroménagers - les portes intérieures et certaines cloisons mobiles les portes palières - certains revêtements de sol et des murs. "Cette liste, qui repose sur le postulat de la dissociabilité, n'est pas limitative"

وانظر إيضا ليت فو: مقاله السابق ،ملف ٣ عمود ٢ ،روبين O. ROBINE مقال "Apropos de la loi du 4 janv. 1978" Architectes avr. 1978 p.17.

علما بأن المادة ١٣ من المرسوم رقم ١١٦٦ فى ٢٢ من ديسمبر ١٩٦٧ الصادر بتطبيق القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر ، كانت قد أخرجت هذه الأجهزة والآلات والأدوات الميكانيكية والكهربائية من نطاق تطبيق كل من الضمان العشرى والضمان الثنائى آنذاك ،حيث نصت على عدم اعتبارها من الأعمال الكبيرة أو الأعمال الصغيرة (٧).

وهكذا يتضح ضيق النطاق الموضوعى الذى تنطبق عليه أحكام ضمان كفاءة الأداء ، حيث يقتصر فقط على هذا القدر الضئيل المتبقى (٨) من التركة ، بعد أن فاز الضمان أو المسئولية العشرية منها بنصيب الأسد (٩) ، ولم يترك لما عداه إلا فتاتها مما حدا ببعض الفقه الفرنسى ، أن يقرر أن المشرع الفرنسى إنما كرس بإصلاحه الجديد سيطرة ونفوذ ، أو على حد تعبيره "امبريالية الضمان العشرى "L'impérialisme de la décennale" على حساب ضمان كفاءة الأداء (١٠) .

هذا إذا أخذنا فى الاعتبار أيضا ، مدى تأثير ما استحدث بهذا القانون نفسه من ضمان للإنجاز التام أو التشطيب ، على نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان الذى نحن بصدده فى هذا المطلب ، لتبين لنا إلى أى مدى يضيق هذا النطاق ، ذلك أن كل مايظهر من عيوب أو يتضح من أضرار ، ولمدى سنة كاملة اعتبارا من تاريخ التسلم ، يدخل - كما سيأتى بيانه فى المطلب القادم - ضمن

---

(٧) انظر فيما سبق ص ٩٤٨ : وهامش ٤٥ مكرر بها .

(٨) جروسليير : المقال السابق "La réforme .." ص ١٨ ، بوبلى : المقال السابق ، بند ٣٧ ص ١٠ ، بييس : المقال السابق ص ١١

(٩) انظر فيما سبق ص ٨٧٧ هامش ١٩ بها ، وانظر أيضا :جالشية : المقال السابق ، ص ٥٣ عمود ٩ ، جروسليير ،المقال السابق "Glossaire ..." ص ٤٠٧ .

(١٠) جستاز "Rapport à la journée du C.N.R.C. du 14 juin 1978" بوبلى : مقاله السابق بند ٢٢ ص ٧ ، ومرجعه السابق ط ١٩٧٩ بند ٤٧ ص ٢٥ .

نطاق تطبيق أحكام ذلك الضمان ، متى أخطر به رب العمل كتابة المقاول الذى يعنيه أمر هذا الذى انكشف من عيب أو اتضح من ضرر (١١) .

أما عن الشروط الواجب توافرها فى العمل (أى عنصر التجهيز) حتى يكون محلا صالحا لورود أحكام ضمان كفاءة الأداء عليه فهى كما يتضح من نص المادة ١٧٩٢ - ٣ سالفة الذكر ، ثلاثة (١٢) :-
أولهما : أن يكون عنصراً من عناصر التجهيز (١٣) "Les autres éléments d'équipement" فلا يكفى أن يكون العمل نفسه (١٤) " ouvrage " أو جزء من العمل " partie de l'ouvrage " (١٥) ، أو حتى عنصرا تكوينيا فيه (١٦) ، يدخل فى تركيب العمل ذاته وتكوينه . لايكفى أن يكون محل ورود أحكام هذا الضمان شيئا من ذلك كله ، بل لابد وأن يكون - طبقا لصريح النص - عنصرا تجهيزيا (١٧) على النحو الذى بينا .

ثانيها : أن يكون عنصر التجهيز هذا فى مبنى " Bâtiment " . فلا

---

(١١) روسيل ومعاونيه : المرجع السابق A21 § ، ياقوت : المرجع السابق بند ٥٣ ص ١٣٦ .

(١٢) انظر، فى عرض هذه الشروط الثلاثة ، ليت - فو : مقاله السابق ، "Éléments dissociables ..." ص ٣٠١ عمود ١ ، ٢ .

(١٣) انظر، بيان المقصود بعناصر التجهيز، ماسبق من ص ٨٨٩ ؛ ص ٨٩٢ .

(١٤) انظر، فى بيان المقصود بفكرة العمل، من ص ٨٨٢ : ص ٨٨٧ فيما سبق

(١٥) انظر، فى بيان المقصود بفكرة الجزء من العمل، ص ٥٠٧ فيما سبق

(١٦) انظر، فى بيان المقصود بفكرة عناصر التكوين، ص : ٥٨٨ فيماسبق .

(١٧) مالنفو وجستار : المقال السابق ، بند ٤٢ ، والمرجع السابق بند ١٥١ ص ١٧٦ ، ليت - فو : المقال السابق ، ص ٣٠١ ، بلانكيل : المقال السابق ص ٥٨٧ عمود ١ ، جروسليير : المقاله السابق "Glossaire.." ص ٤٠٦

يكفى مطلق عمل " ouvrage" كأعمال الهندسة المدنيـــه أو العسكرية [١٨] أو الملاعب الرياضية [١٩] . أو مطلــق بناء أو منشأة " édifice" يتواجد به هذا العنصر حتى يصلح محلا لتطبيق أحكام هذا الضمان [٢٠] . بل لابـــد أن يكون هذا العنصر التجهيزى أو الأعدادى فى مبنـــــى " Bâtiment" [٢١] ، وذلك هو مقتضى صراحة النـــص .
" ..élém. d'equip. bu bâtiment" .

واذا كانت ثمة علة تتراءى بالنسبة للاقتصار على عناصر التجهيز فى المبنى Bâtiment دون غيره مـــن المنشآت العقارية الأخرى ، فيما يتعلق بالضمان العشرى - كما سبق أن أورينا - [٢٢] فإن هذه العلة -رغم ضآلتهـــا- لاتبدو واضحة بالنسبة لضمان كفاءة الأداء هذا . ذلـــك أنه ليس على قدر من الشدة تبرر حصره فى نوع معين مـــن الإنشاءات العقارية ، أو التضييق من نطاق تطبيقه بقصره على منشأة دون أخرى من المنشآت العقارية التى يتـــم إنشاؤهـــا .

ثالثها : هو أن تكون عناصر التجهيز هذه قابلة للانفصال عما تلتحم به من الأعمال المذكورة فى آخر الفقرة الأولى مـــن

---

(١٨) ليت - فو : الهامـش السابـــق .

(١٩) نقض مدنى فرنسى(الدائرة الثالثة) ،فى ٣ من أكتوبر ١٩٧٣ B. ١٩٧٣ - ٣ ص ٣٥٤ .

(٢٠) روسيل:المرجع السابق A21. ، ليت -فو:المقال السابق،ص ٣٠١ ،مازو ، وجيجلار : دروس جـ٣ بند ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٨ .

(٢١) انظر فى بيان فكرة Bâtiment من ص ٨٩٢: ص ٨٩٧ فيماسبق ،وفى الفرق بينها وبين فكرة édifice هامش١ ص ٦٤٩ فيماسبـــق

(٢٢) انظر الهامش السابـــق .

المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر (٢٣) وهى على سبيل الحصر أعمال المنافع العامة " de viabilité " أو الأساس " le fondation " أو الهيكل "d'ossature" أو السياج (السور) " de clos " أو المظلة " de couvert " ، بحيث لو شكلت تلك العناصر مع أحد هذه الأعمال جسما غير قابل للانفصال " indissociablement corps " لخرجت من نطاق أحكام ضمان كفاءة الأداء لتدخل فى نطاق تطبيق أحكام الضمان العشرى (٢٤) ، طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر ، وعلى النحو الذى سبق بيانه فى المطلب السابق لذا كان هذا الشرط هو محور الارتكاز الذى يستند إليه نطاق تطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء

---

(٢٣) بلانكييل : المقال السابق ص ٥٨٧ عمود ٢ ، زير فليه : المقال السابق ، Administrer نوفمبر ٧٨ ص ٨ ، بييس : المقال السابق : Administrer ، يونيو ٧٩ ص ١١ عمود ١ .

(٢٤) جروسيلير : مقاله السابق " La réforme.... " ص ١٨ ليت - فو : المقال السابق . ص ٣٠١ عمود ٢ ، و نظر أيضا سبينيشا : مقال منشور فى (Annales des Ponts et Annales de Ponts et Chaussées, 4°trimestre 1978 P. 26) حيث يقرر فيه

"... que la responsabilité biennale est resérvée à des éléments aisément démontables"

محل الدراسة بهذا المطلب (٢٥) .

هذه هي الشروط التي تقتضيها المادة ١٧٩٢ - ٣ مدني

---

(٢٥) انظر في نقد هذا المعيار ، وهو معيار عدم القابلية للأنفصال للفصل بين نطاق تطبيق كل من الضمانين هامش ١٠١ ص٩١٩ فيما سبق ، وأنظر ، فضلا عن ذلك مايقرره كاريلا (المرجع السابق فصل J ص C - ٨ من أنه يترتب على هذا المعيار صعوبة تحديد نطاق تطبيق هذا الضمان بطريقه موضوعية وعملية :

"Mais lorsqu'on s it qu'un élément d'équipement sera ou non dissociable selon la méthode de pose adoptée, on comprend qu'il est difficile de définir objectivement et d'une manière partique le domaine de la garantie de bon fonctionnement"

وانظر ايضا في نفس المعنى بوبلي: المرجع السابق ١٩٥٩ بند ٤٠٨ ص٢٥٩ حيث يقرر :

"Autrement dite cette fois les éléments sont dissociables... On regrettera cependant que le législateur ait cru devoir rejeter le critère fonctionnel".

وانظر كذلك جروسليير : مقاله السابق .. La réforme ص١٨ حيث يقرر أيضا

"....en effet tout peut dépendre la mantière dont l'équipement en question sera fixé du bâtiment, de même on peut penser que certaines parties des appareillages sont susceptibles d'étre enlevées sans difficultés alors que d'autres supposent nécessairement des dégradations, ainsi en serait-il par exemple pour ene installation de climatisation dont les machineries ne sont que posées ou vissées alors que les conduits ou tuyauteries sont encastrés et traversent nécessairement des murs. Ainsi considéré le même ensemble fonctionnel serait soumis à un double régime différent selon que défauts affictant l'un ou l'autre de ses éléments"

فرنسى المستحدثة بهذا القانون لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء أو أنتظام العمل الذى تقرر بموجبها ، والتى يجب توافرها مجتمعة فى عنصر التجهيز حتى يصلح أن يكون محلا لورود أحكام هذا الضمان وإذا كان بتوافرها على هذا النحو يصبح المحل صالحا لاستقبال هذه الأحكام ، بقى أن نعرف السبب الذى يدفع بهذه الأحكام إلى الانطباق أو إلى الحركة لتعمل فى النطاق الذى حدده لها المشروع، وهذا ماينقلنا إلى النبذة الثانية من هذا المطلب .

النبذة الثانية : السبب الموجب لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء

لم تقتصر سيطرة أو" امبريالية "الضمان العشرى على الامتداد إلى أقصى مداها لتطوى تحت لوائها الجانب الأكبر والنصيب الأوفى من الأعمال كى تشكل منها نطاقا موضوعيا لتطبيق أحكام ضمانها ، على النحو الذى رأينا فى المطلب السابق (٢٦) ، وإنما أمتدت تلك السيطرة واستشاط ذلك النفوذ أيضا ليضيق الخناق على ضمان كفاءة الأداء أو أنتظام العمل ، حتى فيما يتعلق بالأسباب الموجبة لتطبيق أحكام هذا الضمان الأخير ، فلم يكن لهذه الأحكام الحق فى التطبيق إلا بتوافر سبب واحد فقط هو عدم صلاحية تلك العناصر لأداء وظيفتها بالكفاءة المقررة عادة لها " de bon fonctionnement " حتى سمى الضمان نفسه بهذا الأسم (٢٧) "
"La garantie de bon fonctionnement"

والحقيقة أن المشرع الفرنسى أراد، بذلك، أن يقصى عن نطاق تطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية - وبعد الاتساع البالغ الذى منحه إياه على النحو الذى رأينا - الأضرار أو العيوب التى تؤثر على أداء بعض العناصر الثانوية فى العقار لوظائفها ، والتى

---

(٢٦) انظر فيما سبق، ص ٨٧٧ وكذا ص ٩٩٣ .

(٢٧) مالنفو وجستان : المقال السابق ،بند ٤٢ والمرجع السابق : بند ١٥١ ص ١٧٧ ، كاريلا : المرجع السابق ، فصل ل ص ٨ - B .

لم تصل فى خطورتها إلى أن تعوق العقار ككل عن تحقيق غرضه، ناصًا بذلك على مدة للضمان قابلة للتغيير ، قِصرًا وطولا طبقا لأهمية كل عنصر من عناصر التجهيز ، والوظيفة التى يناط به أداؤها فى العقار ، مع فرض حد أدنى من هذه المدة لايجوز النزول عنه باعتباره الحد الأدنى الذى لاتتحقق الحماية المقصوده بدونه (٢٨) . وعلى ذلك ، فإن أحكام ضمان كفاءة الأداء لاتجد سبيلها إلى التطبيق إلا عندما يتضح أن عناصر التجهيز هذه لاتؤدى وظيفتها بالكفاءة المقدرة لها عادة ، بمعنى أن يكون تشغيلها معيبا ، بحيث يقعد بها عن أدائها لوظيفتها (٢٩) . وليس من الضرورى أن يكون من شأن هذا الضرر أو العيب أن يعرض للخطر متانة وسلامة هذه العناصر (٣٠) .

لكن يشترط لكل ذلك ألا يكون بإمكان رب العمل اكتشاف هذا العيب أو الضرر عند التسلم بمعنى أن يتوافر شرط خفاء هذا العيب أو الضرر عند تسلم الأعمال (٣١)، وإلا فان الأمر لايخرج عن أحد حلين : إما أن يقبل رب العمل،الأعمال رغم علمه بهذه الأضرار أو العيوب فى عناصر التجهيز ، وفى هذه الحالة يعتبر متنازلا عن حقه فى المطالبة بالإصلاح أو التعويض عنها (٣٢) ، وإما انه يدرجها ضمن مايدرجه من تحفظات يضمنها محضر التسليم والتسلم ، وفى هذه الحالة تدخل فى نطاق تطبيق ضمان تمام الإنجاز أو الضمان

---

(٢٨) مالنفو وجستاز : الهامش السابق ،جالشيه : المقال السابق ،ص٥٣ عمود ٢ ، بوبلى ،المرجع السابق ،بند ٤٠٩ ص٢٥٩ ،جروسلبير : المقال السابق ."Glossaire." ص٤٠٦ .

(٢٩)كاستون : المقال السابق ،ص١٠٨ عمود ٢ ،جالشيه : المقال السابق ص٥٤ عمود ١ ،جروسلبير المقال السابق ،."La réforme." بند ١٤ - ١ ص١٨ ،مودرن المقال السابق . ص٣٨ عمود ١ .

(٣٠) انظر فى هذا المعنى : ياقوت : المرجع السابق ،بند ٥٤ ص١٣٧ .

(٣١) كاستون:المقال السابق ص١٠٩ ،جالشيه :الهامش الأسبق (٢٩)

(٣٢) انظر،فيما سبق،ص٨٤١ .

السنوى الذى سنأتى إليه بعد قليل (٣٣) .

وينتقد بعض الفقه الفرنسى فكرة كفاءة الأداء أو انتظام العمل هذه ، باعتبارها فكرة صعبة التقدير والتحديد ، ولاتقل دقة وصعوبة عن فكرة متانة وسلامة العنصر التجهيزى بالمبنى Bâtiment المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢-٢ سالفة الذكر (٣٤) .

ويحاول هذا الفقه تبسيط هذه الفكرة ، مقررا بأن عنصر التجهيز الذى يكون معيبا فى انتظام أو سير عمله ، أو بعبارة أخرى ، الذى لايؤدى بكفاءة الوظيفة المنوط به أداؤها . هذا العنصر لايستجيب - عادة - للاستعمال المخصص له بالمبنى ، مما يمكن القول معه - سيما إذا وصلت الأضرار إلى القدر الذى لايحتمل - بأنه ليس فقط العنصر التجهيزى ، هو الذى لايؤدى وظيفته وإنما هو أيضا المبنى ككل ، بحيث أن كلا منهما يكون غير صالح لتحقيق غرضه ، وبذلك يكون العبور من الضمان الثنائى-إن جاز التعبير-أو ضمان كفاءة الأداء إلى الضمان العشرى (٣٥) .

فى حين يحاول البعض الآخر تبسيطها (أى فكرة كفاءة

---

(٣٣) أنظر فيما سبق من ص ٢٧٢ إلى ص ٢٧٥ .

(٣٤) مالنفو وجستاز : المقال السابق ، بند ٤٢ ،المرجع السابق ،بند ١٥١ ص ١٧٧ ،بوبلى : المرجع السابق، بند ٤٠٩ ص ٢٦٠ ، مازو وجيجلار:دروس،ج٣ بند ١٣٦٨ - ٥ ص ٨٠٨ حيث يقرر "Les tribunaux préciseront ce qu'il faut entendre par mauvais fonctionnement de l'élément dissociable"

كما يقرر فقهاء ذات المرجع بأن فكرة كفاءة الأداء أو حسن انتظام العمل فكرة أكثر اتساعا من سابقتها، "... mais la notion de bon fonctionnement parait plus large."

(٣٥)بوبلى الهامش السابق ، مقاله السابق ، بند ٣٧ ص ١٠ .

الأداء bon fonctionnement) بأن عنصر التجهيز الذى تكون متانته وسلامته معرضة للخطر ، أو يكون غير صالح لتحقيق الغرض الذى خصص له ، لاشك أنه لايكون مؤدب وظيفته بالكفاءة المقدرة له عادة ، ويكون بذلك سوء التشغيل مما يسمح بتطبيق أحكام هذا الضمان (٣٦) .

وإذا كانت عناصر التجهيز بالمبنى " Bâtiment" القابلة للانفصال ، والتى تشكل نطاق تطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء هذا على النحو الذى رأينا فى النبذة الأولى ، هى عبارة عن أجهزة وآلات وأدوات ميكانيكية وكهربائية ومنقولات أخرى ، مصنعه مسبقا وموردة إلى المبنى ، إما بواسطة صناعها أنفسهم ، أو بواسطة وسطاء وموردين . وإذا كانت هذه الأشياء تخضع بطبيعتها ـ كأشياء مبيعة ـ لأحكام ضمان العيوب الخفية المقرره فى عقد البيع (٣٧) إلا أن هذا الضمان ، أى ضمان العيوب الخفية ، لايحقق حماية لرب العمل (٣٨) ، أو حتى على الأقل الحماية التى يريد المشرع إسباغها على هذا الأخير ، لذلك عمد المشرع الفرنسى ، فى إصلاحه الأخير إلى أخضاع هذه العناصر لهذا الضمان ،كى يحقق لرب العمل حماية قوية وفعالة بالنسبة لهذه العناصر (٤٠). فجعل بذلك المعمارى

---

(٣٦) مازو،جيجلار: الهامش السابق،شيبيرج:المقال السابق ،بند ١٣ص٦٨١ ميشيل بيبس : المقال السابق ، ص١١ عمود ١ .

(٣٧) جروسلبير:المقال السابق"..La réforme" ص١٨ ، ثكرى سرورالمرجع السابق بند ١٦١ ص١٨٦ .

(٣٨) الذى لم يكن طرفا فى عقد البيع .

(٣٩) عندما يكون رب العمل طرفا فى عقد البيع .

(٤٠) حتى أن تقريرسبينيتا (سالف الذكر) يجعل من هذا الضمان القانون العام بالنسبة لتلك العناصر. انظرص٣٣ ومابعدهامن التقريرالمذكور وانظر،أيضا،ص٢١ من تقرير M. Richomme مقررالللجنه التشريعية بالجمعية الوطنية (JODAN 1977 N°3368)وانظركذلك:مودرن : المقال السابق M.T.P.عدد٢٦/٦/١٩٧٨ص٣٨ عمود١،جالشيه : المقال السابق . ص٥٣ عمود ٢ .

مسئولا أمام رب العمل ، وضامنا كفاءة أداء هذه العناصر لوظيفتها . كى يستحثه بذلك ، أن يبذل العناية الكافية فى اختيار هذه العناصر ، وتشبيتها فى الأماكن المخصصه لها من العقار المزمع تشييده بكل عناية وإتقان [٤١] .

---

(٤١) جروسلبير : المقال السابق " La réforme.... " ص ١٨ .

" الفرع الثانى "

النظام القانونى لضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل

بعد أن فرغنا فى الفرع السابق من بيان نطاق أحكام ضمان كفاءة الأداء سواء فى ذلك النطاق الشخص أو النطاق الموضوعى ، ننتقل فى هذا الفرع إلى بيان النظام القانونى لهذا الضمان طبقا لنصوص الإصلاح التشريعى الصادر به القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ محل الدراسة فى هذا الفصل .

تقضى المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى مستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر بأن : عناصر التجهيز الأخرى فى المبنى bâtiment ، تشكل موضوعا لضمان كفاءة الأداء ، أو انتظام العمل لمدة سنتين ، بحد أدنى ، اعتبارا من تاريخ تسلم العمل "(١) .

وظاهر هذا النص أن عناصر التجهيز التى لاتشكل جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المنصوص عليها فى نهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة الذكر (٢) ، لم يتركها المشرع الفرنسى للقواعد العامة ، وإنما قرر لها ضمانا آخر ، غير الضمان العشرى - زيادة منه فى الرغبة فى حماية رب العمل إلى

---

(١) Art. 1792-3 (L.78 -12 du 4janv.. 1978)"Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage "

(٢) أنظر فيما سبق من ص٨٨٩ : ص٨٩٨ حيث أوضحنا أن العناصر التجهيزية التى تشكل مع أحد هذه الأعمال جسما غير قابل للانفصال تخضع بمقتضى نص المادة ١٧٩٢ - ٢ فقرة أولى ،للضمان العشرى .

أبعد من ذلك الضمان [٣] - هو ضمان كفاءة الأداء أو أنتظام العمل ولمدة سنتين ، بحد أدنى ، اعتبارا من تاريخ تسلم العمل .

ودراسة النظام القانوني لهذا الضمان المستحدث تقتضي الحديث عن النقاط التالية :-

أولا : مدة الضمان . ثانيا : مدى تعلق النظام بالضمان العام.
ثالثا : كيفية إعمال الضمان . رابعا : ضمان كفاءة الأداء والأشغال العامة .

ونرى أن نتناول كل نقطه من هذه النقاط الأربع في مطلب خاص .-

" المطلب الأول "

أولا : مدة ضمان كفاءة الأداء أو أنتظام العمل .

بينا حالا أن المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى مستحدثة تقضي بأن ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل ، يكون بحد أدنى ، لمدة سنتين ، اعتبارا من تاريخ تسلم العمل [٤] .

كذلك تقضي المادة ٢٢٧٠ مدني معدلة بالقانون ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر، بأن : " كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تنعقد مسئوليته بمقتضى المواد من ١٧٩٢ إلى ١٧٩٢ - ٤ من المجموعة المدنية ، يكون متحررا من المسئوليات والضمانات التي تثقل كاهله ، طبقا لـ ...، أو طبقا للمادة ١٧٩٢ - ٣ بانقضاء المدة المذكورة بتلك المادة " [٥] .

(٣) ليت - فو: مقاله السابق G.P. "Elémént dissociables" ١٩٧٩ - ١ ص ٣٠٢ حيث يقرر أن الأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر قاطعة في الدلالة على ذلك .

(٤) أنظر، فيما سبق، نص المادة المذكورة هامش ٨ ص ٩٨٤ .

(٥) Art. 2270 (L. 78-12 du 4janv.1978) "Toute personne physique ou morale dont la responsabilite peut étre engagée en vertu des article 1792 à 1792-4 du présent code est déchargée des responsabilités et garanties pésant sur elle , en application des articles 1792 a 1792-2 après dix ans à compter de la réception des travaux, ou en application de l'article 1792-3 à l'expiration du délai visé à cet article"

وأول ما يلاحظ فى هذا الخصوص أن المشرع الفرنسى قد قـــرر لهذا الضمان مدة سنتين ، كحد أدنى ، ومفاد ذلك أمـــــران :-

أولهما : أن مدة ضمان كفاءة الأداء لاينبغى أن تنقص عن هذه المدة بأى حال من الأحوال ، وإلا أهدرت الحماية التى قصد المشرع إسباغها على رب العمل ، فيما يتعلق بالعناصر التجهيزية التى تشكل موضوع هذا الضمـــــان (٦) .

ثانيهما :أنه متى كان التحديد متعلق بالحد الأدنى لمدة ضمـــان كفاءة الأداء ، فإن معنى ذلك ، أن المشرع ترك للأطـــراف حرية الأتفاق تعاقديا على مدة أطول للضمان ، يكـــون المدينون به مسئولين خلالها عن عدم انتظام عمل عناصـــر التجهيز بالمبنى " Bâtiment " أو عن عدم أدائهـــا للوظائف المنوط بها أداؤها فيه . ولايتخلصون من هـــذا الضمان إلا بعد انقضاء هذه المدة المتفق عليها تعاقديا وذلك طبقا لما يقضى به عجز المادة ٢٢٧٠ مدنى سالفـــة الذكـــــر .(٧)

وعلى ذلك فإن مدة السنتين المذكورة بالمادة ١٧٩٢ — ٣ سالفة الذكر ، لاينبغى أن توضع موضع التطبيق ، أو بعبارة أخـــرى لاينبغى أن تتخذ مدة لضمان كفاءة الأداء محل العرض ، إلا إذا خـــلا الاتفاق أوعقد المقاولة من ذكرمدة أطول تكون المقدار الزمنى المحـــدد

---

(٦) روسيل:المرجع السابق A22§، A48§، مازو وجيجلار:المرجع السابـــق ١٣٦٨ — ٥ ص٨٠٨ بوبلى : المقال السابق بند ٣٨ ص١٠ ،زيرفلبيه المقال السابق ص٨ ومابعدها ،ميشيل بيبيس : المقال السابـــق منشور فى " Adminstrer.. " ص١١ عمود ١ .

(٧) روسيل : الهامش السابق ، ميشيل بيبيس : الهامش السابـــق ، جروسلـيير . المقال السابق " La réforme" نبذة ١٥ ص١٩ شيبيرج : المقال السابق ، بند ١٣ ص٦٨١ ،ديزل : المقـــال السابق ص٤٦٩ عمود ٢ .

اتفاقيا لهذا الضمان (٨) ، إما إذا تضمن الاتفاق أو عقد المقاولة مدة أطول لهذا الضمان سرت هذه المدة الأطول محل الاتفاق ، وما ذلك إلا أعمال لإرادة المشرع ، وتحقيقا لرغبته ، وهذا هو معنى النص صراحة على اعتبار مدة السنتين حدا أدنى لمدة هذا الضمان (٩) .

والعلة فى النص على مدة السنتين ، كحد أدنى لمدة ضمان كفاءة الأداء - كما يقرر بوبلى (١٠) - فى نظر واضعى الإصلاح ، هى إعطاء الفرصة للأطراف فى أن يغيروا من مدة الضمان فيما يجاوز هذا الحد الأدنى ، بما يتلاءم وطبيعة عناصر التجهيز ، التى تشكل النطاق الموضوعى لهذا الضمان (١١) . وإن كان هذا الفقه

---

(٨) كاريلا : المرجع السابق ، فصل ل ص ١٠ ،جروسلبيير : الهامش السابق ميشيل بيبيس : الهامش الأسبق ،مالنفو وجستاز :مقالهما السابق بند٤٤

(٩) وانظر فى أن المشرع الفرنسى قد عاقب رب العمل ، حيث أراد أن يحميه ، ذلك أن القواعد العامة فيما يتعلق بالعناصر التى تركب فى المبنى على حالتها التى تسلم عليها سواء كانت أجهزة ميكانيكية أو كهربائية تقضى بضمان الصانع البائع للعيوب الخفية فى هذه الأجهزة لمدة ثلاثين عاما (١٠ سنوات بالنسبة للأعمال التجارية م ١٨٩ مكرر تجارى)مالنفو وجستاز : المقال السابق . بند٤٤، المرجع السابق . بند ١٥٣ ص ١٧٨ ،كوستا :المقال السابق ص ٤٥ ،كاريلا المرجع السابق ، فصل ل ص ١٠،١١ ،بلانكييل:المقال السابق ص ٥٨٧ عمود ٢ .

(١٠)بوبلى : المقال السابق بند ٣٨ص ١٠ ،روسيل :المرجع السابق . §A19،§A22جالشيه : المقال السابق.ص ٥٤ عمود ١ ،روليه وبيبس: مقالهما السابق ص ١١٦ عمود ٢ .

(١١)انظر ص ٢٣ من تقرير M. Richomme (J.O.D.A.N. 19 déc. 1977, p. 8979).

ـفسه يتشكك فى أن هذه الأمنية سوف تتحقق فى الواقع العملى[(١٢)].

هذا فيما يتعلق بتعيين مدة ضمان كفاءة الأداء ، أما فيما يتعلق بتعيين تاريخ بدء سريانها ، فنص تقرير هذا الضمان[(١٣)]. صريح فى تعيين هذا التاريخ ، حيث قضى صراحة بأن مدة هذا الضمان تسرى اعتبارا من تاريخ تسلم العمل[(١٤)] "...d'une durée minimale de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage"

أما فيما يختص بمدة دعوى ضمان كفاءة الأداء ، فإن المشرع الفرنسى - جريا منه على سنن الماضى - لم يشأ أن يمايز بينهـا وبين مدة الضمان ذاتها من حيث المقدار ، فنص - كما رأينا - فـى المادة ٢٢٧٠ مدنى سالفة الذكر ، على أن التخلص من هذا الضمـان يكون بانقضاء المدة المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنـى أى المدة المتفق عليها بين الأطراف فى العقد إذا كانت أكثر مـن

---

(١٢) انظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى الهامش الأسبق . مالنفو وجستان : المرجع السابق بند ١٥٣ص١٧٨ حيث يقرر الفقيهان :

"Il est vraisemable que dons la pratique cette garantie sera toujours conventionnellement limitée à deux ans, si bien qu'on sera effectivement en présence d'une garantie biennale comme dans le passé"

(١٣) وهو نص المادة ١٧٩٢ - ٣ مدنى فرنسى مستحدثة سالفة الذكر .

(١٤) كاستون: المرجع السابق بند ٥٧٢ ص٢٥٩ ، روسيل : المرجع السابق: §A48 ، بوبلى : المقال السابق :بند٣٨ ص١٠ ،جروسليير؛ المقال السابق "La réforme" بند ١٥ ص١٩ . زيرفليه :المقال السابق . ص٩ ، جون لامير وهنرى مارجيا :المقال السابق ص٩٧ عمود٢

سنتين ، أو مدة السنتين المذكورة بنفس المادة باعتبارها الحد الأدنى الذى قرره المشرع الفرنسى مدة لهذا الضمان ، وذلك عند عدم الاتفاق على مدة أطول .

وإذا كان المشرع الفرنسى لم يغاير مابين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان مقدارا فهو أيضا لم يغاير مابين المدتين من حيث تاريخ بدء سريانهما ، إذ اعتبره بالنسبة لكلتا المدتين هو تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل (١٥) .

ولاشك أن من شأن هذه المساواة بين المدتين مقدارا ، والتوحيد بينهما بدءا فى السريان ، أن يؤدى حتما إلى إيقاع رب العمل فى الحرج ، بل وإلى تفويت الحماية القانونية التى أراد المشرع الفرنسى أن يسبغها عليه) وذلك إذا ماتبين رب العمل فى اليوم الأخير من مدة الضمان عدم أداء عناصر التجهيز - موضوع هذا الضمان - لوظيفتها المنوط بها أداؤها فى العقار ، إذ كيف يتسنى له فى هذه الحالة رفع دعوى الضمان على المسئول به (١٦) .

فيما عدا ذلك من أحكام تتعلق بالمدة كشرط لتحقق ضمان كفاءة الأداء ، وكشرط فى نفس الوقت - لقبول دعواه ، فإننا نحيل بشأنها إلى ماسبق من دراسة للمدة كشرط لتحقق الضمان العشرى أو المسئولية العشرية ، وكشرط - أيضا - لقبول دعواه (١٧) ، وذلك لعدم الاختلاف فى تلك الأحكام بين المدتين (١٨) ومنعا من الإطالة دون مبرر .

---

(١٥) انظر فيما سبق نص المادتين ١٧٩٢ - ٣ ، ٢٢٧٠ مدنى هـ ٨ ، ٩ صـ ٩٨٤ وأنظر أيضا : كاستون : المقالة السابقة . صـ عمود ٢ ، زيرفليه : الهامش السابق .

(١٦) راجع فيما سبق ماقيل فى هذا الخصوص بمناسبة دراسة مدة الضمان العشرى ومدة دعواه من صـ ٢٩٢ : صـ ٢٠٥

(١٧) انظر الهامش السابق .

(١٨) سانت آلارى : مقاله السابق بند ٦٥ ، كاستون : المقال السابق ، صـ ١٠٩ عمود ٢ ، المرجع السابق بند ٧١ صـ ٢٥٨ ومابعدها .

"المطلب الثانـــــى"

مدى تعلق ضمان كفاءة الأداء بالنظام العام

تقضي المادة ١٧٩٢ - ٥ مدنى فرنسى مستحدثة ، بالإصـــلاح التشريعى لأحكام هذه المسئولية الخاصة الصادر بالقانون رقـــم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، بأن " كل شرط ينص عليه فى العقد يكون موضوعه ، سواء استبعاد .... أو سواء استبعاد الضمان المنصـوص عليه بالمادة ١٧٩٢ - ٣ أو الحد من نطاقه ، يعتبر كأن لـــم يكـــن (١٩) " .

وعلى ذلك فإن المشرع الفرنسى ، يعتبر بهذا النص قد قطع برأى حاسم وصريح مسألة استمرت ، حتى صدور هذا الإصلاح ، مثار جدل وخلاف فى أوساط الفقه والقضاء بين قائل بها ومنكر لها (٢٠)، فكان موقفه مؤيدا للرأى القائل بتعلق أحكام هذه المسئولية الخاصـة عامة ، أى سواء كانت عشرية أو ثنائية ، بالنظام العام (٢١) .

(١٩) Art. 1792-5 (L. 78-12 du 4 jan. 1978("Toute clause d'un contrat qui à pour objet, soit d'exclure...,soit d'exclure la garantie prévue à l'article 1792-3 ou d'en limiter la portée,... est réputée non écrite"

(٢٠) انظر فيما سبق من ص٣٠٧ : ص٣٣٧ .

(٢١) كاستون:المقال السابق : ص١٠٩عمود٢،روسيل :المرجع السابق A23 روليه وبييس :مقالهما السابق ص١١٧ عمود١ ،بلانكييل:المقال السابق ص٥٤ عمود٢،ميشيل بييس :مقاله السابق"Administrer" ص١١ عمود١ جروسليير:مقاله السابق"La réforme" بند ١٥ ص١٩ ، ماروجيلار المرجع السابق بند ١٣٦٨ - ٥ ص٨٠٨ .

ولذلك جاء نصه صريحا وقاطعا فى ذلك ، حيث قضى بخضوع أحكام ضمان كفاءة الأداء المستحدث بهذا القانون للنظام العام [٢٢] ، فقضى بذلك على كل جدل ، وجب كل خلاف .

ومقتضى تعلق أحكام ضمان كفاءة الأداء بالنظام العام ،أن يعتبر باطلا أى أتفاق بين الأطراف على مايخالف هذه الأحكام. وبالتالى ، يكون باطلا وكأن لم يكن كل شرط يتضمنه العقد بتخفيض مدة الضمان الى أقل من سنتين مثلا ، ذلك أن المشرع الفرنسى جعل من مدة السنتين حدا أدنى لمدة هذا الضمان ، فلا ينبغى الاتفاق مقدما على إنقاصها عن هذا الحد الأدنى الذى فرضه المشرع [٢٣]. كذلك ،يعتبر كأن لم يكن الأتفاق على إعفاء المهندس المعمارى، أو المقاول أو غيرهما من المدنيين بهذا الضمان من الخضوع كلية لأحكامه [٢٤] .

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه هو : هل يجوز لرب العمل أن يتنازل عن المطالبة بحقه فى الضمان ، بعد أن يتحقق سببه أم أن خضوع أحكام هذا الضمان للنظام العام يحول دون ذلك ؟

الإجابة عن هذا السؤال لاتخرج عما سبق أن قررناه ،بمناسبة دراسة المدة كشرط لإعمال ـ أحكام الضمان العشرى . فنخيل عليه تجنبا للتكرار [٢٥] .

---

(٢٢) وبذلك خالف المشرع الفرنسى حتى رأى اللجنة الوزارية التى أعدت مشروع هذا الإصلاح ، حيث كانت هذه اللجنة لاترى تعليق أحكام هذا الضمان بالنظام العام. أنظرتقرير سبينيتاسالف الذكر ص٣٢

(٢٣) مودرن مقاله السابق . M.T.P عدد٢٦/٦/١٩٧٨ عمود ٢ ، بلانكيل: المقال السابق ص٥٨٨ ، عمود ١ .

(٢٤) ـــ مودرن الهامش السابق .

(٢٥) انظر فيما سبق من ص٣٣٢ : ص٣٣٥

" المطلب الثالث "

كيفية إعمال ضمان كفاءة الأداء ، وطبيعته القانونية (٢٥) مكرر .

لاعمال أحكام ضمان كفاءة الأداء هذا ، ليس على رب العمل الا أن يثبت عدم انتظام أداء عناصر التجهيز ، موضوع هذا الضمان لوظيفتها ، وبعبارة أخرى ،عدم كفاءة أو عدم صلاحية هذه العناصر لاداء الوظيفة المنوط بها أداؤها فى المبنى المشيد (٢٦) ،ولو لم يترتب على ذلك ان تتأثر كفاءة المبنى ككل فى أدائه لغرضه (٢٧) شريطة أن يكون عدم كفاءة أداء هذه العناصر القابلة للانفصال لوظيفتها ،أوعدم انتظامها فى هذا الأداء خفيا عند التسلم ، والا اعتبر رب العمل - حيث لم يتحفظ بشأنها فى محضر التسليم والتسلم - قابلا للعمل رغم ذلك متنازلا عن حقه فى المطالبة بالاصلاح أو التعويض (٢٨) ،وأن يكون كذلك هذا الاثبات فى خلال المدة المتفق عليها فى العقد كمدة للضمان ،اذا كانت أكثر من سنتين أو على الاقل - عند عدم وجود مدة اتفاقية كما أوضحنا فى خلال السنتين التاليتين للتسلم المنصوص عليهما فى المادة ١٧٩٢ - ٣، كحد أدنى لمدة هذا الضمان (٢٩) .

---

(٢٥) مكرر انظر فى أن الفقه الغالب فى فرنسا يرى فيه ضمانا موضوعيا حقيقيا بالمقابل للمسئولية العشرية ، ولذلك يطلق عليه لفظ ضمان garantie وليس لفظ مسئولية responsabilité ، المراجع المشار إليها فى هامش ١ ص ٨٩٦ وما بعدها فيما سبق .

(٢٦) كاستوث : المقال السابق ص ٢٠٨ عمود ١ ،جالشيه :المقال السابق ص ٥٤ عمود ١ ،كاريلا :المرجع السابق ،فصل ص ١٠ ،ميشيل بيبس :مقاله السابق " Adminstrer " ص ١١ عمود ١ .

(٢٧) ميشيل بيبس : الهامش السابق .

(٢٨) كاستون :المقال السابق ص ١٠٩ عمود ١ ،جالشيه :الهامش السابق ،وانظر فيما سبق بالنسبة للقرينه القضائية التى قررها القضاء الفرنسى والتى بأن كل عيب لم يتحفظ بشأنه فى محضر التسليم والتسلم يعتبر عيبا خفيا ،ومن يدعى خلاف ذلك فعليه اثباته . ص ٢٧٥ .

(٢٩) كاريلا : المرجع السابق ، فصل ٦ ص ١٠ .

إذا أثبت رب العمل ذلك بشروطه ، كما أشرنا (٣٠) ، التزم الطرف الآخر بالضمان ، وتعين عليه الوفاء به ، ولن يستطيع التخلص منه إلا إذا أثبت أن السبب فى عدم انتظام عمل عناصر التجهيز بالمبنى ، أو عدم كفاءتها لأداء وظيفتها غير راجع إليه ، وإنما يرجع إلى سبب أجنبى عنه ، سواء تمثل هذا السبب الأجنبى فى القوه القاهرة ، أو فى فعل الغير ، أو فى فعل رب العمل نفسه باعتباره المضرور (٣١) . فإذا أثبت شيئا من ذلك تخلص من الضمان أما إذا لم يستطع لزمه ، ولايكفيه مجرد نفى الخطأ عن نفسه فهذا فى حد ذاته غير كاف لنفى القرينة القانونية القاطعة التى قامت إلى جانبه بمجرد إثبات رب العمل عدم أداء هذه العناصر التجهيزية فى المبنى لوظيفتها ، إذ أن رب العمل بإثباته هذا لا يكون فقط قد ألقى بكرة الإثبات فى ملعب الطرف المدين بالضمان كما يقول الأستاذ الدكتور السنهورى (٣٢) . بحيث يكفى هذا الأخير

---

(٣٠) وله أن يثبته بكافة طرق الإثبات ،لأنه إنما يثبت واقعة مادية لايقتضى إثباتها سلوك طريقة معينة .

(٣١)وهذا ماعليه إجماع الفقه الفرنسى ، وإن كان يرى أن هذا على خلاف مقتضى القياس ، الذى يقتضى القول بأن ضمان كفاءة الأداء هذا باعتباره ضمانا موضوعيا حقيقيا بالمعنى الفنى للفظ لايستطيع المدين به التخلص منه ، ولو أثبت السبب الأجنبى الذى تسبب فى إحداث هذا الضمان . أنظر من هذا الفقه : مالفو وجستاز : مقالهما السابق بند ٤٣ المرجع السابق بند ١٥٣ ص ١٧٨ وكاستون : المقال السابق ص ١٠٧ ، روسيل : المرجع السابق A24 ومودرن المقال السابق : M.T.P. عدد١٩٧٨/٦/٢٦ ص ٣٧ عمود ٣ ص ٣٨ عمود ١ جالشيه المقال السابق : ص ٥٤ عمود ٢ ،كوستا :المقال السابق ، ص ٤٤ ، ٤٥ ،زيرفليه :المقال السابق،ص ٨ عمود ٢ ،بلانكييل المقال السابق ، ص ٥٨٧ عمود ٢ .

(٣٢) الوسيط : جـ ١ ط ١٩٦٤ بند ٤٢٩ ص ٧٤٠ وهامش ١ ص ٧٤٢ .

مغبة هذا الضمان ، إثباته أى شئ كان ، وإنما يكون بذلك قد ألزمه بأن يكون إثباته قاصرا على شئ معين ، هو السبب الأجنبى فى أحد أنواعه الثلاثة ، وهذا هو مقتضى القرينة القانونية القاطعة التى وضعها المشرع الفرنسى على كاهل المعماريين بمقتضى أحكام هذه المسئولية الخاصة عامة (٣٣) .

" المطلب الرابع "

ضمان كفاءة الأداء والأشغال العامة :

رأينا فى الفصل السابق ، كيف أن القضاء الإدارى الفرنسى

---

(٣٣) بوبلى : المقال السابق بند ٣٨ ص١٠ ، بيبس : المقال السابق "Administrer " ص١١ عمود ١ ، ليت - فو : المقال السابق "Éléments dissociables ".. ص٣٠٢ ،المرجع السابق ص٣٤٤ حيث يقرر فيه أن قرينة المسئولية المنصوص عليها فى المادة ١٧٩٢ مدنى معدلة تمتد إلى عناصر التجهيز الخاضعة للضمان الثنائى لحسن التشغيل أو لكفاءة الأداء . Les présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend aux éléments d'équipments soumis à la garantie biennale de bon fonctionnement "

وانظر فى نفس المعنى : جالشيه : المقال السابق ص٥٤ عمود ٢ حيث يقرر

"L'article 1792-3 à la différence de l'article 1792 pour la garantie décennale, ne précise pas que la garantie biennale fait peser sur les constructeurs une présomption de responsabilité. Mais, il n'y a pas de raison de faire sur ce point un différence entre les deux responsabilité qui obéissent à une regime identique. Il faut donc admettre que pèse sur les constructeurs, en vertu de la garantie de bon fonctionnement , une présomption de responsabilité qui ne tombe que la prevue de la cause étrangère"

وعلى الرغم من تحول القضاء العادى لصالح ضمان الأعمال الصغيرة [٣٤]. استمر ثابتا على مبدئه لم يتزحزح عنه ، من أن التسلم النهائى للأعمال مقبولة من رب العمل يبرئ ذمة كل من المهندس المعمارى والمقاول من ضمان كل العيوب التى تشوب الأعمال الصغيرة ، ماخفى منها وماظهر [٣٥] .

ثم بعد أن ظهر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ معدلا نص المادة ٢٢٧٠ من المجموعة المدنية ، ومقررا بها ضمانا جديدا للأعمال الصغيرة مدته سنتان ، أوضحنا كيف أن فقه القانون العام فى فرنسا ، أصبح لايرى مانعا من أن يطبق قضاؤه الإدارى أحكام ضمان الأعمال الصغيرة أو الضمان الثنائى ، إذا ماعرضت عليه أقضية تستدعى منه هذا التطبيق وأوردنا نقولا فقهية تؤيد وجهة النظر هذه [٣٦] . وكذلك أوردنا حكما لمجلس الدولة الفرنسى صادرا فى ٧ من مارس ١٩٧٣ يدل مفهوم المخالفة منه ، أن ليس ثمة حائل يحول قضاء مجلس الدولة الفرنسى دون إعمال أحكام هذا الضمان الثنائى بعد أن تقرر تشريعيا بالقانون المذكور [٣٧] .

أما بعد صدور هذا الإصلاح الشامل لأحكام هذه المسئولية الخاصة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، واستحداثه لضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل ، ليحل محل الضمان الثنائى سالف الذكر بالفقرة السابقة ، وذلك بمقتضى نص مستقل وقائم بذاته [٣٨] ، مبينا فيه أحكامه ، ونظامه القانونى ، فإن الفقه الفرنسى قد غدت وجهة نظره فى ظل هذا القانون الجديد أقوى مما كانت عليه فى ظل القانون السابق ، فى أن ليس ثمة مانع أمام القضاء الإدارى الفرنسى أن يستوحى ، للفصل فيما يعرض عليه

(٣٤) انظر فيما سبق : ص٩٤٩ ، ص٩٥٣

(٣٥) انظر فيما سبق هامش ١٣ ص٩٥٢

(٣٦) انظر فيما سبق ص ٩٧٢ ومابعدها هامش ٦٣ ، ٦٣ مكرربهما

(٣٧) انظر الهامش السابق .

(٣٨) هو نص المادة ١٧٩٢ - ٣ والا حالة هعليها فى المادة ٢٢٧٠ مدنى معدلة بمناسبة مدة دعوى الضمان

من أقضية بعد ذلك ، أحكام هذا الضمان ، وأنه لايستطيع أن يحتج بأن أحكام هذا الضمان ، لاتدخل فى عداد المبادىء التى يستلهمها فى قضائه من المادتين ١٧٩٢ ، ٢٢٧٠ من المجموعة المدنية الفرنسية فى صياغتهما الأصلية ، فتلك كانت حجته فى ظل النصوص الأصلية لهاتين المادتين قبل تعديلهما بالتدخلين التشريعيين للمشرع الفرنسى ، محل العرض فى هذا الباب (٣٩) .

"الفرع الثالث"

تقديرنا لضمان كفاءة الأداء فى فرنسا ، وبيان مدى حاجتنا فى مصر لتقرير مثله

نعالج هذا الفرع الأخير فى مطلبين : نعرض فى الأول تقديرنا لضمان كفاءة الأداء فى فرنسا ، ثم نبين فى الثانى مدى حاجتنا فى مصر لتقرير مثله .

- المطلب الأول -

تقديرنا لضمان كفاءة الأداء فى فرنسا .

أوضحنا فيما سبق (١) ، كيف أن المشرع الفرنسى قد غير فى إصلاحه الجديد ، الأساس الذى يقوم عليه تحديد النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام كل من الضمانين العشرى والثنائى - إن جاز هذا التعبير - من أساس يقوم على طبيعة الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام كل من هذين الضمانين ومدى أهميتها ، إلى أساس يقوم

---

(٣٩) مودرن : المقال السابق . MTP عدد ١٩٧٨/٦/٢٦ ص٣٨ عمود٣ ، كاريلا : المرجع السابق فصل ص١١ .

(١) انظر فيما سبق ص٨٧٥ ، ومابعدها وهامش ١٦ ، ١٧ بها .

على الوظيفة التى يؤديها كل عنصر من العناصر المشاركة فى العقار المشيد تكوينا وتجهيزا .

كما أوضحنا فيما سبق أيضا [٢] ، كيف أن المشرع الفرنسى كان إلى جانب الضمان العشرى أميل منه إلى جانب ضمان كفاءة الأداء، إذ كان مقتضى معيار التمييز بين النطاق الموضوعى لكل من الضمانين المذكورين ، الذى استحدثه بإصلاحه الجديد ، أن يخص الأول بعناصر التكوين ، باعتبارها تؤدى وظيفة التشييد فى العمل، حين يجعل من نصيب الثانى عناصر التجهيز لكونها تضطلع بالوظيفة التجهيزية ، أو الإعدادية فيه . إلا أننا رأيناه يخالف هذا المقتضى ، فيحيف حيفا عظيما لصالح الأول على الثانى ، فلم يترك لهذا الأخير من نطاق موضوعى سوى بعض عناصر التجهيز فى المبنى وليست كلها - تلك التى لاتشكل جسما غير قابل للانفصال مع واحد من تلك الأعمال المذكورة فى نهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢-٣ نحو ما رأينا [٣] .

وإذا ما انحصرنا داخل حدود هذا النطاق الضيق ، الذى تركه المشرع الفرنسى لهذا الضمان - كما رأينا - لرأينا أن التجديد الفعلى الذى أتى به هذا الإصلاح ، بعد نسخه للنظام السابق ، هو إدخاله فى نطاق تطبيق هذا الضمان كل الأجهزة والآلات الميكانيكية أو الكهربائية ، سابقة التصنيع ، التى تورد للبناء فيقوم المقاول بتركيبها بحالتها التى تسلمها عليها ممن قام بتوريدها إليه ، وطبقا للقواعد والتعليمات التى يتلقاها من موردها أو من صانعها . ذلك أن هذه المنتجات كانت تستبعد من نطاق تطبيق كل من الضمانين ، بمقتضى صريح نص المادة ١٣ من المرسوم رقم ١١٦٦ لسنة ١٩٦٧ الصادر فى ٢٢ من ديسمبر ١٩٦٧ سالفة الذكر [٤] .

---

(٢) انظر فيما سبق ص ٨٧٧ ، وهامش ١٩ بها وكذا ص ٩٩٣ .

(٣) انظر الهامش السابق .

(٤) انظر فيما سبق ص ٩٤٨ . وهامش ٤٥ مكرر بها .

أما فيما خلا هذه الأجهزة والآلات والأدوات الميكانيكية والكهربائية ، فقد كان يدخل فى طائفة الأعمال الصغيرة " Les menus ouvrages " التى كانت تشكل النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام الضمان الثنائى المنصوص عليه بالمادة ٢٢٧٠ مدنى وذلك بعد تعديلها بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر ، وعلى النحو الذى سبق بيانه (٥) .

بل أن مشرع إصلاح ١٩٧٨ لم يدع لهذا الضمان (أى ضمان كفاءة الأداء ، حتى نطاق تطبيقه السابق (أى نطاق تطبيق الضمان الثنائى السابق على هذا الاصلاح) على تاريخ سريان هذا الإصلاح فلقد رأيناه فى المطلب السابق يخضع بعضا من مكونات هذا النطاق لأحكام الضمان العشرى ، لتدخل فى نطاق تطبيق هذا الأخير ، من ذلك كما رأينا - عناصر التجهيز التى عن طريق تأثيرها بالأضرار أو العيوب ، يصبح العمل غير صالح للوفاء بالغرض الذى شيد من أجل الوفاء به (٦) ، وكذلك تلك المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٢ سالفة البيان (٧) .

فإذا ماتعدينا المحل إلى السبب ، لرأينا كيف أن المشرع الفرنسى لم يتطلب من سبب لإعمال أحكام هذا الضمان سوى أن تؤدى العيوب التى تشوب عناصر التجهيز القابلة للانفصال هذه إلى النيل فقط من كفاءة أدائها لوظيفتها المنوط بها أداؤها فى المبنى

فلسنا بحاجة - على عكس ماعليه الحال فى الضمان العشرى إلى ماهو أكثر من هذا المظهر من مظاهر الخطورة ، فلا يلزم حتى التأثير فى متانة هذه العناصر وسلامتها ، بله التأثير فى متانة وسلامة العمل نفسه ، أو صيرورته غير صالح لتأدية غرضه الذى هو علة إقامته وسبب تشييده ، أو سلامة ومتانة عناصر التكوين فيه

---

(٥) انظر فيما سبق من ص ٩٤٠ : ص ٩٤٨ .

(٦) انظر فيما سبق من ص ٩١٠ : ص ٩١٤ .

(٧) انظر فيما سبق من ص ٩١٤ : ص ٩٢١ .

أو حتى عناصر التجهيز . تلك التى تشكل جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المذكورة بنهاية الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢- ٢

وإذا كان المشرع الفرنسى قد ضيق إلى هذا المدى من النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء هذا محلا وسببا على النحو الذى رأيناه إلا أنه ينبغى التقرير بأنه حقق رغم ذلك حماية قوية وفعالة لرب العمل فيما يتعلق بهذا النطاق ، خصوصا إذا تذكرنا ماسبق أن أوضحناه بالنسبة لنص المادة ١٧٩٢ - ٤ مستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، التى جعلت صانع العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزى به ، الذى أعد مسبقا للوفاء بأغراض محددة بالعمل مسئولا بالتضامن مع من يقوم بتركيب هذا الذى سبق تجهيزه فى مكانه من العمل ، شريطة أن يتم هذا التركيب طبقا للقواعد والتعليمات التى يصنعها ذلك الصانع (٨) ، فالنصان متكاملان فى التطبيق ، يخضع بمقتضاهما كل من صانع العنصر التجهيزى ، ومن قام بتركيبه فى موقعه من العمل المشيد للمسئولية التضامنية عن العيوب والأضرار التى تلحق هذا العنصر فتقعد به عن أداء وظيفته بالكفاءة المقررة له عادة ، بعد أن كان أمر ذلك متروك للقواعد العامة سواء فى عقد البيع أو عقد المقاولة .

- المطلب الثانى -

مدى حاجتنا لتقرير مثل هذا الضمان فى مصر .

إذا علمنا أن متعلق هذا الضمان موضوعيا ، هو مايدخل فى مجال التشييد والبناء ، من عناصر تجهيزية سابقة التصنيع والإعداد بعيدا عن موقع العمل ، فى الورش والمصانع التى تقوم بتصنيعها وتجهيزها مسبقا طبقا لمقتضيات العقار المزمع إنشاؤه

(٨) انظر فيما سبق من ص ٥١٩ : الى ص ٥٢٢ .

ومتطلباته ، وإذا ماوضعنا فى الاعتبار هذا الغزو الصناعى لهذا المجال من النشاط البشرى ، والذى نراه يتزايد بطريقة محسوسة اعتبارا من بداية هذا النصف الأخير الذى نعيشه من هذا القرن. حتى غذت تلك الأجهزة والمعدات والأدوات من مسلمات فن المعمار وضرورياته ، ومن متطلبات الحياة المعاصرة ومقتضياتها ولم تعد من الكماليات كما كانت فيما مضى وإلى نهاية النصف الأول من هذا القرن .

وإذا علمنا ذلك ووضعنا فى الاعتبار هذا لأدركنا إلى أى مدى أصبح رب العمل فى حاجة ماسة إلى حماية فعالة وقوية من هذا الغزو ، فهو وإن جهل فن التشييد والبناء فإنه بهذا الفن الصناعى أجهل ، وبمنتجاته المتزايدة أضيق ذرعا ، وأقل علما وخبرة . وإذا أدركنا أن هذا الغزوالصناعى لمجال التشييد والبناء لاتحده حدود ولاتقف فى سبيل مده سدود ، إذ هو المد الحضارى الذى تسعى إليه المجتمعات ، وتتسابق فى الوصول إليه الدول، لأدركنا أيضا أنه لامناص من حماية أرباب الأعمال ممن يقومون بتشييد العقارات عندنا فى مصر بمثل هذا الضمان ، حتى تستحث بذلك همم صناع هذه الأجهزة والآلات والأدوات ميكانيكية كانت أو كهربائية ، وهمم مستورديها وموزعيها والعاملين على تركيبها وتثبيتها فى مواقعها من العقار ، على بذل العناية الواجبة ، والاهتمامات الفائقة فى إتقان صنعها ، وعدم استيراد وتوزيع إلا الصالح منها ، وتركيبها طبقا لأصول الفن وقواعد الصنعة ، وبذلك تأتى سليمة من كل عيب خالية من كل شائبة ، صالحة لأداء وظيفتها على الوجه الأمثل المرتجى منها فيتحقق بذلك القصد ، وتعم الفائدة [٩] .

---

(٩) انظر، فى نفس المعنى ، ياقوت : المرجع السابق بند ٥٥ صـ ١٣٩ .

" المبحث الثانى "

ضمان [١] تمام الإنجاز [٢] (أو ضمان التشطيب) أو الضمان السنوى [٣]

"LA GARANTIE DE PARFAIT ACHÈVEMENT"

باعتبار أن اللجنه الوزارية التى أعدت مشروع القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر كانت تغلب عليها الصفة العملية التطبيقية [٤] ، فقد نحت بهذا القانون منحى عمليا تطبيقيا إلى درجة كبيرة ، فلم يكفها أن قننت بهذا الإصلاح كل ما تواضعت عليه

---

(١) إذا كنا قد أشرنا فيما سبق إلى أن المشرع الفرنسى قد تردد فيما يتعلق بالضمانين السابقين العشرى والثنائى ، بين كلمة ضمان " garantie " وكلمة مسئولية " responsabilité " فاستعمالهما كما رأينا - كمترادفين ، إلا أنه فيما يتعلق بهذا الضمان الأخير لم يطلق عليه سوى كلمة ضمان "garantie " سواء فى المادة ١٧٩٢ - ٦ فقرة ٢ ، ٥ ، ٦ أو المادة ٧ فقرة ٣ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، وربما كان ذلك لأنه استوحاه بتسميته " ضمان garantie " من التطبيق العملى الذى كان سائدا قبل صدور هذا القانون . ومما تجدر الإشارة إليه أننا لم نجد خلافا فى الفقه فيما يتعلق بهذا الخصوص .

(٢) هذه التسمية باعتبار موضوع الضمان ، ولقد أثرناها عن غيرها مما يمكن أن يطلق عليه من تسميات وذلك باعتبار اشتقاقها من اللغة العربية .

(٣) أما هذه التسمية فباعتبار مدة هذا الضمان ، فالمدة هنا محددة ، أما فى ضمان كفاءة الأداء فالمدة المذكورة مجرد حد أدنى .

(٤) انظر تشكيل اللجنة المذكورة ، ص ٩١ من تقرير سبينيتا المذكور .

فى العمل ، أحكام القضاء الفرنسى فى خصوص قواعد وأحكام هذه المسئولية الخاصة ، بل سعت نحو الناحية التطبيقية خارج ساحة القضاء ، تستوحى منها ماتواضع عليه الأفراد فى معاملاتهم من ضوابط ومعايير لتجعل منها نصوصا قانونيه ، تأخذ طابع الإجبار والإلزام بعد أن كان يتمتع الأفراد حيالها بقدر كبير من الحرية فى الاختيار (٥) .

هذا هو ماحدث تماما بالنسبة لهذا الضمان الذى نحن بصدده فى هذا المبحث - فهو كسابقيه - وإن كان مستحدثا تشريعيا بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، إلا أنه كان موجودا أصلا

---

(٥) انظرفى هذا المعنى " بيجو : المرجع السابق . ص١٥٣ حيث يقرر بأن هذا الضمان طالب به تقرير سبينيتا :
"la garantie de parfait achèvement, préconisée par le rapport Spinetta provient de la partique des marchés publics pdssee dans les marchés privés (normes AFNOR). Il était donné à l'intrepreneur un dn pour satisfaire aux resérves formulées lors de la réception definitive"

وانظر أيضا كاستون : لمرجع السابق : بند ١٧٥ ص٩٩ حيث يقرر :
"La grantie de parfait achèvement, consacrée par la loi du 4 janvier 1978, procède directement de la pratique , qui s'etait instraurée dans le cadre du système de la double réception, de laisser l'entrepreneur sous le régime des obligations contractuelles de l'art 1197 C.C. après le premier acte de la réception".

وفى نفس المعنى أنظر :بالنفو وجستار : المرجع السابق . بند ١٢٢ ص١٥٠ ، كوستا : مقاله السابق ص٤٢ عمود ٢ .

وبنفس المدة (٦) على الساحة العملية ، يأتيه الأفراد فى معاملاتهم طواعية واختيارا . دون إلزام من نص ، أو إجبار من قانون (٧) تحت مسمى (٨) "La garantie de parachèvement"

---

(٦) التى كانت تنحصر فى ازدواجية التسلم ، بين التسلم المؤقت والتسلم النهائى ، وكانت تسمى بسنة الضمان "L'année de garantie" واستمرت بعد ذلك فى ظل وحدة التسلم ، حيث كانت تسمى بفترة الضمان "Période de garantie" انظر فى بيان ذلك كاستون : المرجع السابق : بند ١٧٦ ص ١٠٠ ، بند ١٧٩ ص ١٠١ ، شيبيبرج : المقال السابق بند ١٤ ص ٦٨٢ ، روليه وبيبيس : المقال السابق . ص ١١٧ عمود ١ بيبيس : مقاله السابق Administre ص ١١ عمود ١ .

(٧) فقد كانت تنص عليه كراسات الشروط النموذجية ، المسماة فى نطاق القانون الخاص بـ "ضوابط أفنور NF" فى طبعاتها المختلفة وهى:
(Norme, A.F.N.O .R.P. O3,001 éd. fèv. 1948 et éd. nov. 1972)
"norme, A.F.N.OR.P.O3.011 éd. mai , 1966"
اما فى نطاق القانون العام : فقد كانت تنص عليه ايضا كراسات النموذجية به والتى اخرها كراسة الشروط الادارية العامة طبعة يناير ١٩٧٦ "C.C.A.G. ed.janv. 1976"
انظر فى بيان هذه الكراسات النموذجية بالتفصيل : روسيل المرجع السابق بالنسبة لتلك الكراسات فى القانون الخاص R 18 وفى نطاق القانون العام R 16 وبودرن : المقال السابق عدد ٢٤ يوليو ١٩٧٨ ص ٢٢ عمود ١ ، ٢ بالنسبة للقانون الخاص ، وبالنسبة للقانون العام ص ٢١ عمود ٣ ، ص ٢٢ عمود ٢ ، كاستون : المرجع السابق : بالنسبة للقانون الخاص البنود ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ص ١٠٠ ، ١٠١ وبالنسبة للقانون العام بنود ١٧٨ ص ١٠٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ص ١٠١ ، ١٠٢

(٨) وكان يسمى فى نطاق القانون العام "L'obligation de parfait achèvement" أنظر مودرن : المقال السابق : منشور فى M.T.P. عدد ٢٤ من يوليو ١٩٧٨ ص ٢٢ عمود ١ .

وكل مافعله القانون الجديد بالنسبة له ، بعد أن استوحاه واستلهم أحكامه من الواقع التطبيقي أن أطلق عليه تسمية (٩) " La garantie de parfait achèvement " وأسبغ على قواعده صفة الإجبار والإلزام ، دون ماحاجة إلى أن تتضمنه الصفقة في مفرداتها أو يتراضى الأفراد على إعماله ، كما كان عليه الحال قبل تقنينه (١٠) .

وقد قرر المشرع الفرنسي ، تشريعيا ، ضمان تمام الإنجاز هذا وبين أحكامه بالمادة ١٧٩٢ - ٦ في فقراتها من الثانية إلى السادسة (١١) .

---

(٩) بوبلي : المرجع السابق بند ٢٦٧ ص ١٦٦ حيث يقرر :
"La garantie de parfait achèvement est la meilleure illustration de l'emprise de la pratique professionnelle sur le droit de la construction"
وفي نفس المعنى كاستون : المرجع السابق ص ١٠٢ ومابعدها حيث يقرر :
"... Comme on le voit, le législateur n'a en rien innové , il a repris , judicieusement, le mécanismes parfaitement rodés des cahiers des charges"

وأنظر في ذلك أيضا : روسيل المرجع السابق A41 §، A43 §، مازو وجيجلار :دروس ، جـ٣ بند ١٣٦٥ - ٤ ص ٧٩٦ .

(١٠) إذ كان لابد من الإحالة في الصفقة على إحدى هذه الكراسات النموذجية حتى يمكن تطبيق أحكام هذا الضمان عليها ، انظر في بيان ذلك : مالنفو وجستاز : المرجع السابق ، بند ١٢٢ ص ١٥١ كاريلا : المرجع السابق . فصل G ص ٢ ، ٣ ، ليت - فو : المرجع السابق . ص ٣٤٤ ، ياقوت : المرجع السابق . بند ٥٧ ص ١٤١ ،كوستا : مقاله السابق ص ٤٢ عمود ٢ .

(١١) انظر فيما سبق نص المادة المذكورة هامش ١٢ ص ٨٧٤ .

ويستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر، أن ضمان تمام الإنجاز أو ضمان التشطيب هو عبارة عن التزام قانوني (١٢) بالإصلاح العيني لكل خلل يعين أو يشار إليه من قبل رب العمل، طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا (١٣)، وذلك بهدف إعادة العمل مطابقا (١٤) للحالة التي كان عليها، أو كان ينبغي أن يكون عليها عند التسلم (١٥).

ولقد سعى المشرع الفرنسي من وراء تقريره لهذا الضمان على عاتق المقاولين أن يحقق مزايا عدة (١٦): منها، إصلاحا عينيا سريعا لكل خلل يوجد في العقار المشيد مهما كان قدره من

---

(١٢) بيجو: المرجع السابق، ص١٥٤، مودرن: المقال السابق، ص٢٢ عمود ١، جالشية: المقال السابق ص٦٠.

(١٣) بوبلي: المرجع السابق، بند ٢٦٩ ص١٦٧، بندى ٢٨٢، ٢٨٣ ص١٧٤ ومابعدها، بيجو: السابق، ص١٥٤، كاريلا: السابق فصل G ص٢

(١٤) حتى أن بعض الفقه أطلق عليه اسم " ضمان المطابقه " بيجو: الهامش السابق "Il s'agit donc avant tout d'une garanite de conformité" وأنظر أيضا في هذا المعنى: كاريلا الهامش السابق.

(١٥) بوبلي: الهامش السابق، كاريلا: الهامش الأسبق، مازو وجيجلار دروس ج٣ بند ١٣٦٥ - ٤ ص٧٩٦، حيث يقرر أن هذا التزام بنتيجة على المقاول مقتضاه أن يسلم عملا منجزا مطابقا للمواصفات وخاليا من كل عيب، وأن المشرع أطال مدة هذا الالتزام إلى سنة من تاريخ التسلم "La garantie de parfait achèvement est donc aussi bien au cours de cette année que lors de la réception une obligation de résultat ne pésant que sur l'entrepreneur"

(١٦) انظر في بيان هذه المزايا: بوبلي: المرجع السابق، بند ٢٦٩ ص١٦٧ ومابعدها، جالشيه: المقال السابق ص٦٠، ألبو: ALBOU رسالتها السابقة ص٢٣٠ ومابعدها، ياقوت: المرجع السابق، بند ٥٨ ص١٤١.

الجسامة أو الضآلة ، وسواء ظهر هذا الخلل عند التسلم ، أو يظهر خلال السنة التالية له ، وكذلك أن ييسر على رب العمل سبيل هذا الرجوع . فخص لذلك المقاول المعنى دون غيره بالخضوع لهذا الضمان ، كما أراد أن يخفف من مبالغ التأمين من المسئولية العشرية والثنائية (١٧) ، بأن أعطى رب العمل الحق فى طلب الإصلاح العينى لكل خلل يظهر بالعقار المشيد ، وذلك فى خلال سنة اعتبارا من تاريخ التسلم ، ذلك أن ضمان تمام الإنجاز هذا لايتعلق به التأمين الإجبارى من المسئولية أو الأضرار الخاص بكل من الضمانين سالفى الذكر (١٨) .

ودراستنا لهذا الضمان الموضوعى المستحدث تشريعيا لأول مرة - كما قلنا - تقتضينا تناوله فى فرعين مستقلين ، بينما نخصص الأول منهما لدراسة نطاق تطبيقه . شخصيا كان هذا النطاق أو موضوعيا ، نجعل الثانى لبيان نظامه القانونى . على أن نردفها

---

(١٧) تقرير سبينيتا المذكور ص ٧٠ ، بيجو : المرجع السابق ، ص ١٥٣ كاريلا : المرجع السابق ، فصل G ص ٣ ، مالنفو وجستان : المرجع السابق ، بند ١٢٢ ص ١٥١ ، حيث يقرر الكاتبان أنه ربما كانت هذه غاية متوهمة :

"Mais cette espoir est peut-être illusoire car, à défaut de réparation des désordres dans le cadre de la garantie de parfait achèvement, l'assurances sera amenée à couvrir ceux de ces désordres qui, bien qu'apparus au cours de la première année relèveraient de la décennale"

(١٨) فرانسوز آلبو : رسالتها السابقة ص ٢٣٠ ، بيجو : المرجع السابق ص ١٥٣ ومابعدها .

بثالث نودعه تقديرنا لهذا الضمان المستحدث ، وبيان مدى حاجتنا في مصر لتقرير مثله .

الفرع الأول : نطاق تطبيق ضمان تمام الإنجاز .
الفرع الثاني : النظام القانوني لضمان تمام الإنجاز .
الفرع الثالث : تقديرنا لضمان تمام الإنجاز ، وبيان مدى حاجتنا في مصر لتقرير مثله .

" الفرع الأول "

نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى

دراسة نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى ، تقتضى التعرض له فى جانبه الشخصى ، كما تتطلب كذلك دراسة الجانب الموضوعى فيه ، على أن يختص بكل من هذا وذاك مطلب مستقل .

المطلب الأول : : النطاق الشخصى لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز

المطلب الثانى : النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز

" المطلب الأول "

النطاق الشخصى لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى

مما لاشك فيه أن النطاق الشخصى لكل علاقة ، أو رابطة قانونية . يتضمن دائما مدينا ، أو مسئولا عن تنفيذ ما أوجبته من التزامات ، والقيام بما تفرضه من أداءات ، ودائنا أو مستفيدا من تنفيذ تلك الالتزامات ، وأداء تلك الواجبات . لذلك ، فإن دراسة النطاق الشخصى لأى علاقة أو رابطة قانونية ، كما تتطلب حتما تناوله فى الجانب المدين منه ، فهى أيضا تقتضى بيانه فى الجانب الدائن فيه .

وعلى ذلك فإن دراستنا للنطاق الشخصى لتطبيق أحكام ضمان تمام الانجاز ، نكرسها [1] فى نبذتين مستقلتين . بينما نخصص الأولى منهما لبيان الجانب المدين أو المسئول بأحكام هذا الضمان

---

(١) راجع القاموس المحيط، سابق الإشارة ،جـ٢ صـ٢٥٥ " باب السين ،فصل الكاف " .

نجعل الثانية لبيان الجانب الدائن أو المستفيد من تطبيق تلك الأحكام .

النبذة الأولى : الجانب المدين أو المسئول بتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز .

النبذة الثانية : الجانب الدائن أو المستفيد بتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز .

النبذة الأولى : المدين أو المسئول بأحكام ضمان تمام الإنجار أو الضمان السنوى

لم يخضع المشرع الفرنسى لأحكام ضمان تمام الإنجاز هذا كل المعماريين ، أو مؤجرى العمل ، وإنما قصره فقط – وعلى خلاف الضمانين السابقين – على المقاول (م ١٧٩٢ – ٦/٢) أو المقاول المعنى بالأمر (٢) " L' entrepreneur concerné" (م ١٧٩٢ – ٦/٣) دون غيره من المعماريين ، وهذا المعنى هو ماتدل عليه صياغة كل من الفقرتين السابقتين . حيث تقرر الفقرة الثانية منهما بأن " ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى الذى يكون المقاول ملتزما به خلال مدة سنة اعتبارا من تاريخ التسلم يمتد ليشمل إصلاح ...... "(٣) . كما تقضى الفقرة الثالثة بعدها بأن " المدد اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح – المشار إليها بالفقرة

---

(٢) مالنفو وجستاز : المقال السابق بند ١٣ والمرجع السابق . بند١٢٣ ص ١٥١ ، روسيل : المرجع السابق . A43 ؛ كوستا : المقال السابق ص ٤٣ عمود ٢ ، بوبلى : المرجع السابق ، بند ٢٦٩ ص ١٦٧ ، والمقال السابق بند ١٠ ص ٤ ، جالشيه : المقال السابق ص ٦١ عمود٢، زبرفلبه المقال السابق ، ص ٩ عمود٢، كاريلا:المرجع السابق. فصل G ص ٥ ، وأنظر فى تعريف المقاول ودوره فى عملية التشييد ص ٤٢٠:٤٢٦ فيما سبق ،والمقاول المعنى بالأمر طبقا لنص هذه الفقرة قد يكون مقاولا أصليا أو من الباطن .

(٣) Art. 1792-6ali.2 (L.78-12 du 4 janv. 1978) "La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an , à compter dela réception s'etend à la réparation de tous les désorders signalés par le maître de l'ouvrage ......".

السابقة - تحدد بمقتضى اتفاق مشترك بين رب العمل . والمقاول المعنى بالأمر [٤] .

وأول مايلاحظ فى هذا الخصوص ، هوالاختلاف فى الصياغة فيما بين هاتين الفقرتين ، فحيث أراد المشرع الفرنسى أن يبين المجال الشخصى لضمان تمام الإنجاز ، بالمقابلة للمجال الموضوعى له . وذلك فى الفقرة الثانية ، سالفة الذكر ، لم يذكر سوى كلمة المقاول

"La garantie de parfait achèvement à laquelle l'entrepreneur est tenu ....".

فى حين أنه بالنسبة لتعيين المدد اللازمة لأعمال الإصلاح المشار إليها بالفقرة الثانية ، نص فى الفقرة الثالثة على أن هذا التعيين يتم با تفاق مشترك بين رب العمل والمقاول المعنى بالأمر

"...d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné"

وعلى أى حال فإن هذا الاختلاف فى الصياغة ، سوف لايكون بذى أثر ذى بال ، عندما يكون قد أقتصر العمل على مقاول واحد فقط عمل بمفرده ، أو بمساعدة مقاول أو مقاولين له من الباطن ، إذ أنه فى هذه الحالة ، لا يكون هناك ثمة من يدعى بأنه ليس هو المقاول المعنى بالأمر [٥] .

---

(٤) Art. 1722-6 ali. 3 (L.78-12 du 4 Janv. 1978) "Les délais nécessqire à l'exécution des travaux de réparation sont fixés d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur concerné".

٥) كاستون : المقال السابق ، ص٩٨ المرجع السابق بند ١٩٥ ص١٠٦ بوبلو المقال السابق بند ١٠ ص٤ ، المرجع السابق بند ٢٦٩ ص١٦٧ ، ٢٩٥ ص١٨٣ ، كاريلا : المرجع السابق ، فصل G ص٦ ، ليت - فو : المرجع السابق ، ص٣٤٥ ، مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٥-٤ ص٧٩٦ ، زيرفلييه : المقال السابق . ص٩ عمود ٢ ، ديزل : المقال السابق ص٤٦٩ عمود ٣ .

ولكن هذا التمايز فى الصياغة مابين الفقرتين ، يكون له خطره بالنسبة لرب العمل ، فى حالة تعدد المقاولين - أصلا أو من الباطن - المشاركين فى إنجاز العمل ، كل فى مجال تخصصه ، إذ أنه من المتصور جدا فى هذه الحالة ، أن يحاول كل منهم التملص (٦) من المسئولية بادعائه أنه ليس هو المقاول المعنى بالأمر ، الذى يعنيه نص الفقرة الثالثة سالفة الذكر . أو أن الخلل الذى قام بالجزء الذى نفذه سببه عيب فى التشييد معزو إلى مقاول آخر أو عيب فى الأرض أو فى التصميم منسوب إلى المهندس المعمارى أو غيره من الفنيين الذين لايخضعون لهذا الضمان (٧) .

ولكن منطق نظام ضمان تمام الإنجاز وطبيعته يقتضيان مع ذلك بأن كل مقاول يجب أن يلتزم بإصلاح الخلل الذى قام بالجزء من العمل ، الذى كان قد نيط به تنفيذه أيا كان سبب هذا الخلل الذى أثر فى هذا الجزء ، وأيا كان محدثه (٨) .

لذلك يجب على رب العمل أن يعين للمقاول الذى يعنيه الأمر

---

(٦) أى التفلت أو الإفلات ومنها أنملص الشىء أى أفلت . انظر مختار الصحاح ، سالف الذكر ، ص ٦٣٢ عمود ٢ .

(٧) مالنفو وجستار . المقال السابق بند ١٣ والمرجع السابق بند ١٢٣ ص ١٥٤ ، كاستون : الهامش الأسبق ، بوبلى الهامش الأسبق ، جالشيه المقال السابق ، ص ٦٢ عمود ١ ، كاريلا : الهامش الأسبق ، كوستا المقال السابق ص ٤٣ عمود ٢ .

(٨) مالنفو وجستار : الهامش السابق ، كاستون : الهامش السابق . روسيل : المرجع السابق : A43 § ، بيجو : المرجع السابق ص ١٦٣ ، جالشيه : الهامش السابق ، زبر فليد : المقال السابق ص ٩ عمود ٢ ، مارو وجيحلار : المرجع السابق بند ١٣٦٥ - ٤ ص ٧٩٦ .

أى المقاول الذى قام بتنفيذ الجزء من العمل الذى ظهر به الخلل وطبقا للطرق التى نص عليها القانون ، الخلال التى تكون ظاهرة عند التسلم ، أو تلك التى تظهر بعد ذلك ، فى خلال السنة التالية له ، أى فى خلال مدة ضمان تمام الإنجاز (٩) .

ولكن رب العمل ليس ملتزما بالبحث عن المسئول الحقيقى عن السبب الذى أحدث الخلل فى العمل أو الجزء من العمل ، وإنما - تيسيرا عليه وتحقيقا للحماية الممنوحة له - حدد له المشرع المقاول فقط كمدين بهذا الضمان ، كى يرجع عليه مباشرة ، بطلب إصلاح الخلل الذى لحق بالعمل أو الجزء من العمل الذى قام بتنفيذه (١٠) .

ومقتضى تعيين المشرع الفرنسى للمقاول أو للمقاول المعنى على حد تعبيره، فى كل من الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٧٩٢ - ٦ -كما سبق أن أبنا - كمدين بهذا الضمان ، هو عدم وجود تضامن " Solidarité " أو حتى التزام تضامى (أو مسئولية مجتمعه) " Obligation in solidum " بينه وبين غيره من المعماريين (١١) الأمر الذى يقف بدعو الضمان عنده فقط ، دون أن يستطيع رب العمل كقاعدة ادخال أحد غيره من المعماريين معه فى المطالبة . لابدعوى التضامن ولا بادعاء التضامم .

إلا أن هذا القول لايجب حق المقاول الذى رجع عليه رب العمل بالمطالبة بالإصلاح ، فى الرجوع على المسئول الحقيقى أو

---

(٩) مالنقو وجستاز : الهامش السابق ،زيبرفليه : الهامش السابق كاستون ، : المقال السابق ص٩٨ ، كاريلا : المرجع السابق فصل G ص٦، كوستا : المقال السابق ص٤٣ عمود ٢ .

(١٠) كوستا : الهامش السابق ، بوبلى : المرجع السابق بند ٢٦٩-٣ ص١٦٨ ، بيجو : الهامش الأسبق .

(١١) جالشية : المقال السابق ، ص٦١ عمود ٢ .

المتسبب الفعلى ، فى حدوث هذا الخلل الذى التزم المقاول بإصلاحه وذلك طبقا لشروط وأوضاع المسئولية التقصيرية أو الفعل الضار لعدم وجود علاقة تعاقدية مابين الاثنين ، ويمكن رجوعه بدعوى الحلول محل رب العمل فى حقوقه قبل هذا المسئول [١٢] .

النبذة الثانية : الدائن أو المستفيد بأحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى .

لما كانت المادة ١٧٩٢ مدنى فرنسى معدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، تقضى بأن " كل معمارى يشيد عملا يكون مسئولا بقوة القانون فى مواجهة رب العمل ، أو من يتلقى عنه ملكية ذلك العمل .... " [١٣]

وكذلك ، لما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ — ٦ تقضى بأن " ضمان تمام الإنجاز ... يمتد ليشمل إصلاح جميع الخلال المعينة بواسطة رب العمل ...... " [١٤]

وأيضا لما كانت الفقرة الثالثة من ذات المادة تقضى كما سبق أن رأينا فى النبذة السابقة أيضا بأن " المدد اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح ، تحدد باتفاق مشترك بواسطة رب العمل

---

(١٢) مالنفو وجستاز : المقال السابق بند ١٣ ، كاستون : المرجع السابق ، بند ١٩٥ ص١٠٦ ، بيجو : المرجع السابق . ص١٦٣ كوستا : المقال السابق : ص٤٣ عمود ٢ ، بوبلى . المرجع السابق ، بند ٢٩٥ ص١٨٣ ، ومابعدها .

(١٣) Art. 1792 (L.78-12 du 4 janv. 1978) "Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envèrs le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage ......".

(١٤) انظر فيما سبق نص الفقرة المذكورة هـ ١٢ ص٨٧٤ .

والمقاول الذى يعنيه الأمر " (١٥) .

فقد ذهب رأى فى الفقه الفرنسى (١٦) ، مستندا إلى الاختلاف فى الصياغة بين كل من الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ والفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٧٩٢ - ٦ إلى أن الدائن أو المستفيد بأحكام ضمان تمام الإنجاز ، هو فقط رب العمل دون غيره وذلك بالمقابلة للمقاول كطرف مدين ، دون غيره ، بأحكام هذا الضمان .

ذلك أن المشرع الفرنسى - عند القائل بهذا الرأى - لم يرد أن يجعل من متلقى ملكية العقار المشيد عن رب العمل - أيا كان سبب تلقيه لها - مستفيدا من أحكام هذا الضمان ، لذلك لم ينص عليه صراحة ، كما فعل بالنسبة له فى المادة ١٧٩٢ بمناسبة الضمان أو المسئولية العشرية ، واقتصر على ذكر رب العمل فقط (١٧)

---

(١٥) انظر الهامش السابق .

(١٦) كاستون : المرجع السابق بند ١٩٤ ص ١٠٦ حيث يقرر
"L' entrepreneur n'est tenu qu'à l'égard du maître de l'ouvrage ..... il (Le Texte) ne prévoit l'obligation des constructeur , au profit de l'acquéreur, que dans le cadre de l'application de l'article 1792, à propos de la seule responsabilité décennale".

(١٧) انظر فى عرض هذا الرأى فى الفقه المصرى . شكرى سرور: المرجع السابق بند ١٤٥ ص ١٧٣ وأشار أيضا فى هامش ٩٩ بذات الصفحة الى كوستا ،مقاله السابق ص ٤٢ عمود ٢ ، رغم أن عبارة هذا الأخير ليست قاطعة فى رأينا فى الدلالة على هذا المفهوم :
"La reduction de ce texte, qui nous indique quels sont le bénéficiaire et le garant, ne permet pas de penser que le délai pourra étre fixé dans les procés-verbal de réception".

إلا أنه ينبغى أن نقرر أنه لم نجد فيما اطلعنا عليه عن فقه فرنسى - رغم وفرته - من قائل بهذا الرأى ، غير من ذكرنا [١٨] . بل إن هذا الفقه ، فيما عدا جالشيه بارون[١٩] ، لم يتعرض البتة لبيان الدائن أو المستفيد بأحكام هذا الضمان [٢٠] ، مما يمكن أن يستنتج منه أن هذا الفقه يعتبر أن هذه مسألة مقطوع فيها من ذى قبل [٢١] ، وليست فى حاجة إلى زيادة بيان أو وفرة إيضاح .

ونحن من جانبنا أميل إلى تأييد الإقرار السكوتى من جانب الفقه الفرنسى بوحدة الدائن أو المستفيد من تطبيق أحكام كل من الضمانات الثلاثة[٢٢] باعتبار أنها تشكل فى مجموعها أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمعماريين [٢٣] . ذلك أن هذا هو ما يتفق ورغبة المشرع الفرنسى فى إسباغ الحماية القانونية على رب العمل

---

(١٨) انظر الفقه الفرنسى المشار إليه بالهوامش : من هـ ٢ ص ٣٩٦ : هـ ١٢ ص ٩٤٠ فيما سبق . فيما عدا الهوامش ٣ ، ٤ ، ٦ .

(١٩) مقاله السابق . ص ٦٢ عمود ٢ ، الذى بعد أن عرض هذا الرأى يتساءل "....pourquoi ne s'appliquerait pas la jurisprudence selon laquelle les garanties conférées au maître de l'ouvrage se trouvent transférées à l'acquéreur du bien en tant qu'accessoires de la chose"

(٢٠) وذلك على خلاف المدين أو المسئول بتلك الأحكام التى لم يخل مرجع أو مقال من التعرض لبيانه .

(٢١) بمناسبة بيان النطاق الشخصى لتطبيق أحكام الضمان أو المسئولية العشرية ، وأن الأمر ليس بمختلف هناك عن هنا .

(٢٢) إن صح هذا التعبير وهى : الضمان العشرى أو المسئولية العشرية وضمان كفاءة الأداء ، وضمان تمام الإنجاز .

(٢٣) انظر فى المستفيد من تطبيق أحكام هذه المسئولية الخاصة من ص ٥٦٩ : ص ٦٣٢ فيما سبق .

أو من يتلقى عنه ملكية العقار المشيد ، أيا كان سبب هذا التلقى وما أستقر عليه الفقه الفرنسى منذ أمد بعيد من أعتبار دعوى هذه المسئولية تابعة لملكية هذا العقار ، تنتقل معها حيثما انتقلت ، وتستقر حيث تستقر [٢٤] ، كما وأنه ليس ثمة مبرر معقول - دون نص صريح يعرب عن قصد المشرع - للمغايرة فى الحكم بين رب العمل ومن يتلقى عنه ملكيته ، بالنسبة لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز وحدها، دون غيرها من أحكام الضمانين الآخرين .

---

(٢٤) انظر القضاء المشار إليه فى الهوامش : هـ ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ص ٥٤٢ ، هـ ٧ ص ٥٨٨ ، هـ ٨ ص ٥٩٦ .

٥٧٧ ومابعدها .

المطلب الثانـــــى

النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان الإنجاز أو الضمان السنـــــوى

مما لاشك فيه أن التطبيق الموضوعى لأحكام ضمان تمـــــام الإنجاز يقتضى ـ كغيره من الضمانات السابقة (١) ـ أعمالا معينـــة تشكل محل ورود هذه الأحكام . كما يقتضى ، أيضا أسبابا خاصة توجب تطبيقهـــــا .

لذلك ، فإن معالجتنا لهذا النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذا الضمان ، تقتضينا تناوله فى نبذتين مستقلتين : نعرض فـــى الأولى منها : الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى ، ثم نبين فى الثانية الأسباب الداعية إلـــى إعمال أحكام هذا الضمـــان .

النبذة الأولى : الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان تمـــــام الإنجـــــاز .

النبذة الثانية : الأسباب الموجبة لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز

ممممممممم

---

(١) راجع فيما سبق خطة بحث كل من الضمان العشرى ص ٦٤٨ ، والضمان الثنائى ، ص ٩٢٥ ثم ضمان كفاءة الأداء أو أنتظـــام العمـــل ص ٩٨٥ .

x ـ معذرة فالأرقـــام من ٢: ١٨ سقطت سهـــوا .

النبذة الأولى : الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان تمام الإنجاز

وعلى غير عادة منه (١٩) . سكت المشرع الفرنسى عن بيان الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام هذا الضمان . فالمتأمل لنص الفقرة الثانية وماتلاها من فقرات من المادة ١٧٩٢ مدنى المستحدثة بهذا القانون ، لايكاد يحس ذكرا من قريب أو من بعيد ، لشىء من هذه الأعمال . ولما كان " السكوت فى معرض الحاجة بيان "، فإن ذلك يقتضى القول ، بأن المشرع الفرنسى أراد أن يشمل هذا الضمان العقار المشيد فى مجموعه (٢٠) ، لافرق فى ذلك بين عناصره التكوينية أو عناصره التجهيزية أو الإعدادية ، وفى نطاق هذه الأخيرة ، لافرق

(١٩) نقول على غير عادة منه ، ذلك أنه كان قد تعرض بالبيان للأعمال التى تشكل محل ورود أحكام الضمان العشرى ، وذلك فى المادتين ١٧٩٢ ، ١٧٩٢ — ٢ ، سواء تمثلت هذه الأعمال — كما سبق البيان — فى مطلق عمل " ouvrage " أو فى عناصره التكوينية أو التجهيزية ، على التفصيل الذى سبق بيانه فى المطلب الأسبق فمن هذا الفرع ، فنخيل عليه كذلك قد تعرض بالبيان للأعمال التى تشكل محل ورود أحكام ضمان كفاءة الأداء أو انتظام العمل ، حيث بين فى المادة ١٧٩٢ — ٣ ، أنها عناصر التجهيز التى تقبل الانفصال " dissociable " عما تلتحم أو تلتصق به من عناصر تكوينية ، أو أجزاء فى العمل على النحو الذى سبق بيانه فى المطلب السابق .

(٢٠) وعلى هذا أجمع الفقه الفرنسى ، انظر من ذلك على سبيل المثال: تقرير لجنة سبينيتا المذكور ص ٣٠ منه ، مودرن : مقالة السابق ص ٢١ عمود ٣ ، روسيل : المرجع السابق A41 ﻫ ، بيجو : المرجع السابق ص ١٥٣ ومابعدها ، كاريلا : المرجع السابق ، فصل G ص ٣ مازو وحيطلار : دروس جـ٣ بند ١٣٦٥ — ٤ ص ٧٩٤ ولييت — فو : السابق ص ٣٤٤ .

فى ذلك بين تلك التى لاتقبل الانفصال منها " indissociable " وتلك التى تقبله " dissociable " (٢١) .

كذلك يشكل محلا لورود أحكام هذا الضمان ، كل عقار يشيد بمختلف عناصره السابقة ، أياما كان مسماه أو نوعه ، وأيا ماكان الغرض من تشييده ، أو الوظيفة التى رصد لأدائها ، وأيا ما كانت مواد تشييده ، أو مكان ذلك التشييد (٢٢) ، دون تخصيص فى ذلك أو تقييد ، أو حصر فى نوع دون آخر ، أو قصر على غرض دون سواه أو أعتداد بمواد تشييد دون أخرى ، أو وقوف عند مكان دون غيره (٢٣)

أيضا ترد أحكام هذا الضمان على كل أعمال الهندسة المدنية أو العسكرية ، وكذا الملاعب الرياضية بمختلف ألوانها وكل أعمال الإعداد والتهيئة والتجهيز للأرض من رصف للطرق وشق للترع والقنوات وحفر للآبار وإقامة للجسور ، ومد للسكك الحديدية إلى غير ذلك مما يدخل فى أعمال المقاولات (٢٤)

---

(٢١) جروسليير : مقاله السابق " La réforme " بند١٦ - ١ ص٢٠ "..quelque soit leur ... ou leur siège"
بيبس : مقاله السابق Administrer ص١١ عمود١ "..quels qu'ils soient affectant l'ensemble des éléments de la construction"
وأنظر أيضا ياقوت : المرجع السابق ص١٤٢

(٢٢) راجع فى بيان كل ذلك مع التمثيل ماسبق دراسته من ص٨٨١ : ص٨٩٨ فيما سبق .

(٢٣) انظر فى نفس المعنى روسيل A41 ؛ ق "Elle concerne tous ouvrages, y compris qui ne sont pas batiments.

(٢٤) ليت - قو : المرجع السابق ص٣٤٤ "En effet. et en ce qui concerne leur champ. d'application remarque qui la garantie de profait achevement vise "tous les desorders" et pour toutes sortes de travaux d' entreprise"

وكأن المشرع الفرنسى أراد بهذا الضمان الموضوعى (٢٥) أن يشمل بالرعاية كل مالم تدركه يد العناية فى الضمانيين السابقين ، العشرى والثنائى ، فيلم به كل ماشرد فخرج عن نطاق تطبيق ذلكم الضمانيين ، من منشآت أو حتى من عناصر أو أجزاء فى تلك المنشآت ، من أعمال تشطيب ، أو عدم مطابقة إلى غير ذلك(٢٦).

إذا كان هذا هو مسلك المشرع الفرنسى فيما يتعلق بكل هذه الأعمال ، واعتبارها محلا ترد عليه أحكام ضمان تمام الإنجاز ، دون أن يرى فى ذلك حاجة إلى النص عليها صراحة ، بل اكتفى بالمقام مقتضيا لها ومبينا ، إلا أن هناك نوعا من الأعمال ، هو وإن كان مما يمكن أن تشتمل عليه تلك الأعمال وتتضمنه - باعتباره جزءا فى العمل ككل ، أو عنصرا تجهيزيا مما يتطلبه نوع خاص من الأبنية - لكن مشرع إصلاح ١٩٧٨ خصه بالذكر كمحل لورود أحكام هذا الضمان عليها (٢٦) مكرر ، هذا النوع من الأعمال هى تلك التى يقتضيها

---

(٢٥) أنظر فى هذا المعنى على سبيل المثال : تقرير سبينيتا المذكور ص٣٠ منه . بيجو : المرجع السابق . ص١٥٣ ومابعدها ، كاريلا : المرجع السابق ، فصل G ص٨ وفصل H ص٧ . بوبلى مقاله بوبلى: مقاله السابق . بند ١١ ص٤ انسيكلوبيديا الوز ط ٢ ١٩٨١ جـ ٣ " عقد المقاولة contrat d'entreprise " (سابق الإشارة) بند ٣٠٢ ص٣٢ .

(٢٦) تقرير سبينيتا : الهامش السابق ، بيجو : الهامش السابق ، ياقوت المرجع السابق ص١٤٢ .

(٢٦) مكرر- مودرن : مقاله السابق . ص٢٣ عمود ١ حيث يقرر:

Il convient de souligner que la loi du 4 janv. (art.7) spécifiquement rangé les travaux d'isolation phonique parmis les travaux qui relèvent de la granite de parfait achèvement.

توافر الحد الأدنى عن مقتضيات العزل الصوتى فى المبانـــى السكنيـــة (٢٧) .

وهكذا نص فى المادة السابقة من القانون رقم ١٢ لسنـــة ١٩٧٨ (٢٨) الصدر بأحكام هذا الإصلاح على أن " عقود إجارة العمل (عقـود المقاولة) التى يكون موضوعها (محلها) تشييد مبانـى سكنية يفترض فيها قانونا أنها متضمنة للاشتراطات القانونيـــة واللائحية أو التنظيمية المتعلقة بوجوب توافر الحد الأدنى مـــن المقتضيات اللازم توافرها بالنسبة للعزل الصوتـــى .

وأن الاعمال اللازمة للاستجابة أو للوفاء بهذه المقتضيـات تخضع لضمان تمام الإنجاز المشار إليه بالمادة ١٧٩٢ - ٦ مـــن المجموعة المدنيـــة .

---

(٢٧) انظر فى موضوع العزل الصوتى فى المبانى السكنية : فرانسوا ازالبو رسالتها سالفة الذكر بعنوان:
-"Le défaut d'origin phonique du bâtiment d'habitation et la responsabilité des constructeurs" Paris, II 14 dec. 1981.

-A. Derrouch et B. Boubli :L'isolation acoustique des constructions d'habitation. Responsabilités et garanties". R.D.I. 1979, P. 437.

كاريلا : المرجع السابق : فصل H
ميشيل بييس : مقاله بعنوان "Les défauts d'isolation phonique"
-
- "Délais et prescription en matière d'isolation acoustique" G.P. 1975, 2, P. 565 et.s.

(٢٨) L'Art L. III-II du Code de la construction et de la habitation.

وكذلك يضمن بائع العقار أو متعهد البناء " Le promoteur immobilier " فى مواجهة أول مشاغل لكل مسكن ، مطابقة المسكن لهذه القواعد ، وذلك لمدة سته أشهر اعتبارا من تاريخ وضع يد هذا الأخير عليه " (٢٩) .

والواقع أن عديدا من الدوافع حدت بالمشرع الفرنسى إلى النص صراحة ، وعلى وجه الخصوص ، على هذا النوع من الأعمال كمحل لورود أحكام هذا الضمان . منها :

(١) التخلص نهائيا مما كان يكابده القضاء الفرنسى من مشاق ، قبل صدور هذا القانون ، بشأن تكييف هذه الأعمال ، وعما إذا كانت تدخل ضمن الأعمال الكبيرة ، أو كان يترتب على عدم على عدم الوفاء بها صيرورة العقار المشيد غير صالح

---

(٢٩) Art. 7 (Loi 78-12 du 4 janv. 1978) "Les contrats de Louage d'ouvrage ayant pour objet la construction de bâtiments d'habitation sont réputés contenir les prescriptions légales ou réglementaires relatives aux exigences minimales requises en matière d'isolation phonique.

Les travaux de nature à satisfaire à ces exigences relèvent de la garantie de parfait achèvement visée à l'article 1792-6 du code civil.

Le vendeur ou le promoteur immobilier est garant, à l'égard du primier occupant de chaque logement, de la conformité à ces exigences pendent six mois à compter de sa prise de possession"

وانظر فى ترجمة هذا النص : ياقوت : المرجع السابق . بند ٥٩ ص ١٤٤ ومابعدها ، شكرى سرور : المرجع السابق . بند ١٥٧ ص ١٧٩ .

للشيء بغرضه ، فتخضع بذلك لأحكام الضمان العشرى [٣٠] ، أم كانت غير ذلك فيخضعها للضمان الثنائى [٣١، ٣٢] إن صح هذا التعبير.

---

(٣٠) انظر من هذا القضاء : نقض مدنى فرنسى (الدائرة الثالثة) فى ١٩٧٥/١/٢١ د . ١٩٧٥ .I.R صـ ٨١ ،وفى ١٩٧٥/٦/١٨ بيلتان ١٩٧٥ - ٣ رقم ٢٠٦ صـ ١٥٨ ،د . ١٩٧٧ صـ ٥٣ تعليق Agostini ،D. et V. ١٩٧٧ - ٣ صـ ٣٦٢ تعليق جروسلبير . وفى ١٩٧٦/٢/٣ G.P. ١٩٧٦ - ٢ صـ ٤٨٨ تعليق بيبيس، D.etV. ١٩٧٧ - ٣ صـ ٣٦٢ تعليق جروسلبير . وفى ١٩٧٦/٧/٢١ G.P فى ١٩٧٦/٧/١١ تعليق بيبيس . وفى ١٩٧٧/٧/٣ .G.P فى ٣ من يونيو ١٩٧٧ تعليق بيبيس و .D. et V ١٩٧٨ صـ ٣٢٦ تعليق جروسلبير . واستئناف بيزانسون فى ١٩٧٤/٣/٨ .G.P ١٩٧٤ر٢ صـ ٦٩٧ تعليق بيبيس C.J.E.J ١٩٧٤صـ ١٨٩ تعليق جالشيه ،والمؤيد بنقض ٧٦/٢/٣ سالف الذكر . حر بنوبل فى ١٩٧٤/٤/٣٠ مذكور فى بوبلى : المرجع السابق هامش ٩٤ صـ ١٧٢ ليون فى ١٩٧٥/٣/١٩ تعليق PRUN (فى مؤلفه السابق ، حكم رقم ١٥٩ صـ ٢٧٥ ، وقد نقض هذا الحكم بمعرفة الدائرة الثالثة المدنية بمحكمة النقض فى ١٩٧٧/١/١٩ ، الذى قررت فيه أنها من الأعمال الصغيرة ، انظر الهامش ٣١ وانظر على وجه الخصوص تعليق ج. مازو (منشور فى د . ١٩٧٤ صـ ٣٨٣ على استئناف بيزانسون سالف الذكر) والذى يقرر فيه أن أحكام محكمة النقض سوف تبدو متضاربة متناقضة تماما ، فيما يتعلق بمسألة العزل الصوتى ، إذا ما نسينا أن تقدير مسألة عدم الصلاحية للغرض ، كانت فيما قبل قانون ٤ من يناير ١٩٧٨ تخضع لمطلق السلطة التقديرية لقضاء الموضوع . أشار إليه أيضا كل من مازو وجيجلار : دروس جـ٣ هامش ١ صـ ٧٩٧ بند ١٣٦٥ - ٥ ، مودرن : مقاله السابق .M.T.P عدد ١٩٧٨/٧/٢٤ صـ ٢٣ عمود ١ ، ٢ . ، باقوت : المرجع السابق . هامش ٣٣١ صـ ١٤٥ ومابعدها .

(٣١) نقض مدنى فرنسى (الدائرة ١) فى ١٩٦٤/١٠/١٩ .G.P ١٩٦٤ - ٢ صـ ٤٣١ ، .J.C.P ١٩٦٥ - ٢ - ١٤٤٠٦ ، د . ١٩٦٥ صـ ١٦١ . نقض مدنى فرنسى (الدائرة ٣) فى ١٩٧٥/٥/٥ .G.P ١٩٧٥ صـ ٥٣٨ ، تعليق =

(٢) عدم رغبة المشرع الفرنسى فى شمول هذه الأعمال بالتأمين

= بلانكييل ، د . ١٩٧٧ ص ٥٣ تعليق أجوستينى ، Rev.D et V ١٩٧٧ - ٣ ، ص ٣٦٢ تعليق جروسلبير وفى ١٩٧٥/١٠/١ د . ١٩٧٧ ص ٥٣ تعليق أجوستينى ، D et V ١٩٧٧ - ٣ ص ٣٦٣ تعليق جروسلبير ، وفى ١٩٧٧/١/١٩ بيلتان ١٩٧٧ - ٣ رقم ٢٩ ص ٢٤ ، G.P. ١٩٧٧ -٢ص ٣٥٩ تعليق بيبيس ، D et V ١٩٧٨ - ٦ ص ٣٢٦ تعليق جروسلبير ، س أورليان فى ١٩٧٣/١/٣١ وإميان فى ١٩٧٣/٣/١٨ مذكوران فى بوبلى : المرجع السابق . هامش ٩٣ ص ١٧١ ، باريس الجزئية فى ١٩٧٩/٦/٢٦ غير منشور ، مذكور فى كاريلا : المرجع السابق فصل H ص ٥ هامش ٢٠.

(٣٢) انظر فى ذلك من الفقه الفرنسى : بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٧٦ ص ١٧١ ، ومابعدها ، بيجو : المرجع السابق . ص ١٥٧ ومابعدها مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٥ - ٥ ص ٧٩٧ ، كاريلا : المرجع السابق فصل H ص ٦،٥ كورتيو Courieu : "La réforme de l'assu.construction منشور فى L'Argus فى ١٩٧٩/١/١٩ ص ١٢١ وعلى وجه الخصوص بند ٢١ ص ١٢٨ ؛ مودرن : الهامش السابق ، كاستون : المقال السابق ص ٩٧ ، جالشيه المقال السابق ص ٦١ ، ليت قو : "Jur. class. const. ملزمة ٢٠٣ بند ٣٢٣ ص ٣٢ ، وأنظر فى نقد هذا الموقف من المشرع الفرنسى وبأنه لم يحل المشكلة بل زادها تعقيدا : زير فليه : المقال السابق ص ١١ ، ١٢ .

[illegible] الكمال [illegible] المسئولية العشرية والمسئولية الثنائية ، وذلك تخفيفاً لمبالغ هذا النوع من التأمين (٣٣) [illegible] حث المعماريين [illegible] على بذل العناية اللازمة فيما يتعلق بالوفاء بمقتضيات الحد الأدنى التي تقررها التشريعات واللوائح المنظمة لمجال العزل الصوتي في المباني السكنية (٣٤) .

هذا ويحمد الفقه الفرنسي لمشرعه هذا الاتجاه ، لما يؤدي إليه من تحقيق للمصلحة العامة ، تتمثل في الوفاء بهذه المقتضيات (٣٥) .

---

(٣٣) انظر في بيان ذلك فرانسواز ألبو : رسالتها المذكورة ص ٢٣٠ حيث تقرر

"La lecture des travaux préparatoires révèle que l'un des éléments qui a conduit le législateur à enfermer le défaut d'origine phonique du bâtiment d'habitation dans le cadre de la garantie de parfait achèvement est de ne pas faire jouer l'assurance du cas où la construction serait insuffisament insonorisée.

(٣٤) فرانسواز ألبو : الهامش السابق "....., et inciter par la même les construteurs à plus de vigilance à cet égard"

(٣٥) انظر من ذلك : بيجو : المرجع السابق ، ص ١٥٨ . فرانسواز ألبو رسالتها السابقة ص ٢٣١ حيث تقرر

L'intention de législateur d'obliger les constructeurs à soigner plus particulièrement la qualité de l'acoustique du bâtiment d'habitation ce qui l'a conduit à instituer une responsabilité specifique en ce qui concerne cet aspect de la construction est louable et ne peut qu'être approuvée"

وفى رأيتا ، فإن الدافع الأساس الذى حدا بالمشرع الفرنسى إلى هذا الاتجاه هو ، الدافع الثانى ، المتمثل فى الرغبة التشريعية فى إخراج هذه الأعمال من نطاق التأمين الإجبارى من المسئولية ، المقرر لكل من المسئوليتين العشرية والثنائية (٣٦).

نقول إن هذا هو الدافع الأساس لأنه يترتب عليه بالضرورة الدافع الثالث . ذلك أن المعماريين قد وجدوا أنفسهم أمام مسئولية إجبارية لمدة سنة ، اعتبارا من تاريخ التسلم ويتحملون هم مباشرة بتبعاتها ، دون أن يركنوا فى ذلك إلى مؤمن يتكفل عنهم بهذه التبعات فلاشك أنهم سوف يبذلون قصارى جهودهم فى الوفاء بهذه المقتضيات حتى لايقعوا تحت طائلة هذه المسئولية الخاصة.(٣٧)

أما بالنسبة للدافع الأول ، فليس بالضرورة مؤديا إلى هذا الحل الذى اتخذه المشرع الفرنسى . إذ كان بإمكانه أن ينص

---

(٣٦) من هذ الرأى . فرانسواز ألسو ، فى رسالتها سالفة الذكر . انظر المنقول عنها بهامش ٣٣ الأسبق .

(٣٧) وهذا هو ماتفصح عنه الأعمال التحضيرية للمادة السابقة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ .

"M.J. Barrot, secrétaire d'Etat a notament declaré lors des débats devant l'Assemblée Nationale" L'isolation phonique fait partie de la garantie de parfait achèvement.....
Si nous en permettions la couverture par la garantie contractuelle, et plus encore par la garantie decennale, nous risquerons de voir certains constructeurs s'en désinteresser et reporter le coût sur l'assurance" Déb. Ass. Nat., 1977, 8974.

صراحة على إدخال هذه الأعمال فى نطاق أى من الضمانين العشرى والثنائى ، لأى من الاعتبارات التى يرتضيها ، ويكون بذلك قد حسم تشريعيا المسألة محل النزاع وهى دائرة المنطقة بين المتنازع فيهما دون الدخول فى مجال ثالث غريب عنهما ولكنها الرغبة التشريعية – كما قلنا – هى عدم إدخالها فى نطاق أى من الضمانين المذكورين [٣٨] .

النبذة الثانية : الأسباب الداعية لإعمال أحكام ضمان تمام الإنجاز (أو الضمان السنوى) .

من الملاحظ أن المشرع الفرنسى قد سلك فى بيانه للأسباب الداعية لإعمال أحكام ضمان تمام الإنجاز أو ضمان التشطيب ، مسلكا آخر ، يختلف عن مسلكه السابق [٣٩] ، ذلك أنه قد عمد فى هذا الخصوص الى التصريح لا التلميح ، فنص صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ – ٦ المستحدثة سالفة الذكر ، على أن ضمان تمام الانجاز يمتد ليشمل اصلاح جميع الخلال [٤٠] التى تعين من قبل رب العمل ، سواء كان تعيينها هذا قد تم فى صورة تضمينها محضر التسليم والتسلم فى شكل تحفظات ، وذلك فى حالة انكشافها قبل التسلم أو فى حينه ، أو تم عن طريق إبلاغ المقاول بها بإخطار مكتوب ، إذا ماظهرت بعد تمام التسلم ، وفى خلال سنة من تاريخه

---

(٣٨) بيجو : المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، كاريلا : المرجع السابق، فصل ٦ ص .

(٣٩) الذى اتبعه فيما يتعلق ببيان الأعمال التى تشكل محل ورود أحكام كل من الضمانين السابقين .

(٤٠) جمع خلل وهى المقابل فى العربية للكلمة " désordres " التى جاءت بالنص (القاموس المحيط ؛ ج ٣ ص ٣٨٠ ومابعدها باب اللام فصل الخاء ، مختار الصحاح ، ص ١٨٧ عمود ٢) ، وراجع أيضا المنهل . سابق الإشارة لفظ désor، ص ٣٢٢ عمود ٢ والمعجم العملى سابق الاشارة لفظ désor، ص ٣٠٩ عمود ٢ .

"La garantie de parfait achèvement ....., s'étent à la réparation de tous les déordres signalés par le maître de l'ouvrage ou moyen de resérves mentionnées au procès-verbale de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux revèlés postérieurement à la réception"

وتأمل هذا المقطع من النص ، يتضح منه أن المشرع الفرنسى قد أودعه صراحة ثلاثة أمور هامة فى هذا الضمان ، أولها ، بيان نطاقه الموضوعى فيما يتعلق ببيان الأسباب الداعية إلى تطبيق أحكامه ، وثانيها : بيان الشروط اللازمة قانونا لهذا التطبيق وثالثها : وعلى غير العادة (٤١) ، بيان جزاء هذا الضمان .

ولما كان الأمر الثالث - من هذه الأمور الثلاثة - المتعلق ببيان الجزاء الواجب تطبيقه تنفيذا لأحكام هذا الضمان ، لايدخل فى محتوى هذه النبذة ، حيث مكانه الطبيعى - فى تقديرنا - عند دراسة جزاء هذه المسئولية الخاصة ككل ، لذلك فإننا نقصر دراستنا فى هذه النبذة على الأمرين الأول والثانى المتعلقين ببيان الأسباب الداعية لتطبيق أحكام هذا الضمان ، والشروط المستلزمة قانونا لهذا التطبيق .

---

(٤١) ذلك أن المشرع الفرنسى ، لم يتعرض بالنص لبيان جزاء أى من الضمانين السابقين ، لا العشرى ولا الثنائى .

أولا : أسباب تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز ، أو بعبارة أخرى العيوب أو الأضرار التى توجب تطبيق أحكام هذا الضمان

نص المشرع الفرنسى - كما سبق أن أشرنا حالا - على أن يمتد هذا الضمان ليشمل "Tous les désordres " أى جميع الخلال (٤٢) التى توجد بالعقار المشيد ، والمشرع الفرنسى استعمل فى هذا النص ، ولأول مرة ، مصطلحا جديدا لم يستعمله من قبل (٤٣) هو " Les désordres " (٤٤) بعد أن عمد فى هذا الإصلاح الجديد لأحكام هذه المسئولية الخاصة إلى استعمال لفظ " Les dommages " بدلا من كلمة " Les vices" التى كان قد ظل وفيا لها - كما قلنا - منذ وضع مجموعة نابليون فى القانون المدنى سنة ١٨٠٤ وحتى سريان القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، محل العرض بهذا الفرع ، أى ماينا هز القرنين من الزمان (٤٥) . فما المقصود بهذا المصطلح الجديد الذى استعمله المشرع الفرنسى فى إصلاحه هذا ؟ وما دلالته ؟

---

(٤٢) انظر هامش ٤٠ الأسبق .

(٤٣) لافى بيانه للنطاق الموضوعى للضمان العشرى ، ولا فى بيانه لذات النطاق فى الضمان الثنائى .

(٤٤) أى " الخلال " جمع خلل ، حتى أن بعض الفقه الفرنسى أطلق عليه ضمان الخلال " La garantie des désordres " بوبلى : المرجع السابق بند ٢٧١ ص ١٦٩ ، ومما تجدر الإشارة إليه ، أن المشرع المصرى كان قد استعمل هذا اللفظ أى كلمة "خلل" فى المادة ٥٠٠/٤٠٩ من القانون المدنى الملغى ولكن فى نطاق الضمان العشرى . أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جه ص ١٩، ٢٠ . وأنظر ماسبق أن قررناه بالنسبة لعموم دلالة هذا اللفظ ص ٦٩٦ وط ٧٠٣ ومابعدهاومن ص ٧٩١ : ٨١٤

(٤٥) بوبلى : الهامش السابق ،المقال السابق بند ١١ ص ٤ عمود٢،كاريلا: المرجع السابق ، فصل G ص ٣ .

وما مدى المطابقه أو المخالفة بينه وبين الألفاظ التى سبق استعمالها ؟

ان لفظ " Désordre " الذى استعمل المشرع الفرنسى صيغة جمعه " Les désordres " فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٣ ، سالفة الذكر ، هو لفظ مركب من مقطعين : أصلى " ordre" ويعنى : النظام أو التنظيم أو الترتيب أو التنسيق ، ومضاف "dés " هو مقطع يفيد فى اللغة الفرنسية التضاد ، بحيث إذا اتصل بالكلمة فى أولها ، جعل المعنى الجديد لها على عكس معناها الأصلى أو السابق (٤٥) مكرر . وعلى ذلك فان لفظ " désordre" يعنى عدم التنظيم أو عدم التنسيق والترتيب (٤٥) مكرر١ .

ويقرر الفقه الفرنسى أن كلمة " désordre " تختلط فى العمل بكلمة " vice " أو كلمة " malfaçon" بحيث يستعمل التطبيقيون هذه الكلمات الثلاث استعمال المترادفات أى بلا تمييز بينها ، أو تخصيص لمدلولاتها .

ويقرر بوبلى أنه " فى حين أن العيب " le vice " يصف الغلط الإنسانى "L'erreur humaine" أو الخطأ " La faulte " الذى يعتبر هو مصدر أو سبب الضرر ، فإن الخلل " désordre "

---

(٤٥) مكرر : مثال ذلك : Organiser X désorganiser, organise X désorganise, equiper X désequiper

وأنظر فى بيان ذلك : قاموس Petit ROBERT فى اللغة الفرنسية جـ ١ ط ١٩٨١

(٤٥) مكرر١ : انظر فى ذلك قاموس : المنهل (قاموس فرنسى عربى) ط٢ ١٩٧٢ صـ ٣٢٢ ، المعجم العملى (يوسف شلالة) طبعة منشأة المعارف بالاسكندرية صـ ٣٠٩

هو مظهر أو دليل هذا الضرر مستقلا عن سببه "[٤٦] .

كما يقرر نفس الشارح ، بأن المشرع الفرنسى باختياره لهذا اللفظ " désordre " رغم ماحدث أثناء المناقشات البرلمانية لاستبداله بغيره [٤٧] ، لهو دليل على رغبة المشرع فى تعميم قرينة المسئولية لتشمل ، ليس فقط الضمانين العشرى والثنائى وإنما ، أيضا ، ضمان تمام الانجاز [٤٨] .

(٤٦) المرجع السابق بند ٢٧١ ص١٦٩ :

"…. Tandis que le vice caractérise l'erreur humaine, c'est à dire la faute qui se trouve à l'origine du dommage, le désordre est la manifestation de celui-ci, independament de sa cause"

وانظر ايضا فى نفس المعنى كاريلا : الهامش السابق .

(٤٧) انظر فى ذلك بيجو : المرجع السابق ص١٥٥ حيث يقرر :

"Un amendement de M. Richomme tendant à y substituer les imperfections et malfaçons a été rejeté estimé trop restrictif."

وانظر فى ذلك أيضا تقرير M. Richomme المذكور ص٢٨
(J.O.D.A.N. 19 dec. 1977 P.8984)

مودرن مقاله السابق M.T.P عدد يوليو ١٩٧٨ ص٢٢ عمود ٢ .

(٤٨) بوبلى : الهامش السابق : "Le choix du législateur s'expliquer par généralisatio, de la présomption de responsabilité qui joue, non seulement pour les garanties de fond , mais également pour la garantie de parfait achèvement"

وعلى ذلك يرى أن يكفى لتطبيق أحكام هذا الضمان أن يبين أصل الضرر أو السبب به "sa cause" أى العيب أو الخطأ أو سوء الصنعة _ La vice, la fautr ou la m lfaçon _ وإنما يكفى مظهره فقط وهو الخلل "Le désordre" . وبعبارة أخرى يكفى لتطبيق أحكام هذا الضمان ومسائلة المقاول المعنى ، أن يتوافر مظهر الضرر هذا ، أى الخلل "Le désordre"دون حاجة للبحث عن سبب هذا الضرر . بمعنى:دون حاجة للبحث عما إذا كان يوجد خطأ من المقاول المعنى أم لا (٤٩) .

ويقرر الفقه الفرنسى كذلك أنه يجب تقريب لفظ "désordre" عن لفظ ضرر "dommage" الذى ظهر فى المادة ١٧٩٢ فى صياغتها الجديدة ، وأن يؤخذ الاثنان كمترادفين (٥٠) فى خصوص تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز (٥١) . وأن يؤخذ اللفظ الأول بمعناه الأكثر اتساعا بحيث يمتد ليشمل كل ضرر يصيب العقار

---

(٤٩) بوبلى : الهامش السابق : "L'origine du désordre est indifférente :La seule manifestation du dommage suffit pour que la garantie produise ses effets"

وانظر فى نفس المعنى : كاريلا : هامش ٤٥ الأسبق .

(٥٠) بوبلى : مقاله السابق . بند ١١ ص ٤ عمود ٢ ، والمرجع السابق بند ٢٧١ ص ١٦٩ ، كاستون : مقاله السابق ، ص ٩٦ عمود ٢ ،كاريلا المرجع السابق ، فصل G ص ٣ .

(٥١) وإن كانا ليسا كذلك فى المعنى الحرفى لكل منهما ، انظر فى بيان ذلك : حالشيه :المقال السابق ص ٦٠ عمود ٢ ، بيجو المرجع السابق ص ١٥٥ ، كاريلا : الهامش السابق .

المشيد ليدخل فى نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان [٥٢] .

بعد هذا البيان فيما يتعلق بالمصطلح الجديد " Le désordre " الذى أستعمله المشرع الفرنسى ، ولأول مرة ، فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر ، نأتى إلى بيان : أىُّ الخلال " quels désordres " يوجب توافرها تطبيقَ أحكام ضمان تمام الإنجاز ، أو كما يسمى أحيانا (ضمان التشطيب) .

يصرح المشرع الفرنسى - كما رأينا - فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ محل العرض بهذا الفرع ، بأن ضمان تمام الإنجاز يمتد ليشمل جميع الخلال " Tous les désordres " وإزاء هذا العموم المطلق فى عبارة النص ، لزم القول بأن المشرع الفرنسى اتخذ من هذا الضمان الموضوعى مظلة واقية ، ليس فقط بالنسبة لكل الأعمال التى تشكل محل ورود أحكامه ، كما رأينا فى النبذة السابقة ، بل أيضا من كل ضرر يلحق برب العمل ، سواء ظهر هذا الضرر قبل أو حين التسلم أو حتى خلال السنة التالية لتاريخه بشروط أقتضاها قانونا سنأتى لها بعد قليل .

وعلى ذلك يدخل فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذا الضمان ، أو بعبارة أخرى ، يعتبر سببا لتطبيق أحكام هذا الضمان كل ضرر أو عيب أو سوء فى الصنعة ، وبعبارة أعم ، كل خلل يشوب العقار المشيد دون التقيد بوصف معين أو ألتزام بحد محدد ، فلا يشترط توافر قدر من الخطورة فى هذا الخلل ، بل يخضع لأحكام هذا الضمان ، مهما قلت درجة خطورته ، بل ومهما ازدادت هذه الدرجة

---

(٥٢) G. Desille : المقال السابق ص٤٦٩ عمود ٢ ، ٣ ، J. Lannure et H.Margeat : المقال السابق ص٩٧ عمود ١ ، بوبلى:انسيكلوبيدى دالور ط٢ ١٩٨١ جـ ٣ عقد المقاولة بند ٣٠٢ ص٣٢

من الخطورة فى ذات الوقت (٥٣) ، ذلك أن المشرع الفرنسى وقـــد استعمل هذه الصياغة الفضفاضة ، لم يستعملها - كما يقول بيجو (٥٤) عرضا أو جزافا ، أو من باب نوافل الكلم ، وإنما استعملهـــا قاصدا بها عموم مدلولها ، ومطلق مفهومهـــا (٥٥) .

مفاد ذلك ، أنه يدخل فى هذا النطاق ، كل مما يأتـــى :-

(١) جميع الأعمال الختامية " التشطيب " البسيطة ، التى لم يتـــم إنجازها حتى تاريخ التسلم ، والتى ذكرت بمحضر التسليـــم فى شكل تحفظات من جانب رب العمل ، ضمنت المحضر المذكـــور حيث لم يكن من شأنها أن تبرر رفض رب العمل للتسلم المعروض

---

(٥٣) جالشيه : المقال السابق ، ص٦٠ عمود ٢ حيث يقرر :

"Peu importe également la gravité des désordres. Il n'est pas exigé pour mettre en jeu la garantie de parfait achèvement que les désordres compromettent la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination"

وانظر أيضا فى نفس المعنى : جروسليير : المقال السابق "La réforme" بند ١٦-١ ص٢٠ حيث يقرر أيضـــا "Il s'agit de toutes les défectuosités ou malfaçons qui apparaissent au moment de la réception ou dans les les quelques mois qui suivent, quelle qui soit leur nature ou leur importance"

(٥٤) المرجع السابق ، ص١٥٥ : حيث يقرر : "La généralité de cette formule n'est pas fortuite"

وانظر أيضا : جروسليير : الهامش السابق : حيث يقرر "La formule est particulièrement extensive"

(٥٥) روسيل المرجع السابق : A44§ ، بوبلى : المقال السابق ، بند ١٢ ص٥ ، ليت فو - المرجع السابق ص٣٤٤ .

عليه [٥٦] . فعلى المقاول المعنى بالأمر أن يقوم بالتنفيذ العينى لجميع هذه الأعمال فى نطاق قواعد وأحكام ضمان تمام الإنجاز [٥٧] .

(٢) كذلك قد تكون بعض الأعمال منحرفة عند التسلم ، ولكن رب العمل سواء بنفسه أو بواسطة مساعديه - قد لاحظ عدم مطابقتها لشروط ومواصفات الصفقة ، فذكر ذلك فى محضر التسلم والتسلم فى شكل تحفظات صاغها بالنسبة لها ، أو لم يستطع اكتشاف عدم المطابقة هذا عند التسلم ، وإنما اكتشفه بعد ذلك وفى خلال السنة التالية له ، فأخطر بها المقاول المعنى بالأمر بمجرد اكتشافها .

ففى هذه الحالة يتعين على المقاول المختص القيام بما من شأنه أن يزيل عدم المطابقة هذه ، وينفذ تنفيذا عينيا كل ما تقضى به شروط الصفقة ومواصفاتها ، بحيث يأتى العمل متطابقا تماما مع تلك الشروط والمواصفات ، وذلك طبقا لقواعد وأحكام ضمان تمام الإنجاز [٥٨] . خصوصا إذا علمنا أن عيوب عدم المطابقة هذه لاتدخل فى نطاق تطبيق أى من الضمانين السابقين ، العشرى والثنائى [٥٩] ، وذلك بحسب طبيعتها الثابته

---

(٥٦) راجع فى ذلك ماسبق أن ذكرناه فى دراستنا للتسلم ص٢٧٣ وما بعدها

(٥٧) جروسلبير : المقال السابق "La réforme" بند ١٦-١ ص٣٠ وبيحو . المرجع السابق ص١٥٤ .كاريلا : المرجع السابق.فصل G ص٣

(٥٨) روسيل : المرجع السابق A44 ، مالنفو وجستاز : المرجع السابق بند ١٢٥ ص١٥٣ ، بيحو : المرجع السابق . ص١٥٤.كاريلا: المرجع السابق فصل G ص٣،مازو وجيجلار : المرجع السابق . بند ١٣٦٥-٤ ص٧٩٦ .

(٥٩) بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٤٥ ص١٥٢ وما بعدها ،المقال السابق بند ١٢ ص٥. بيحو : المرجع السابق : ص١٥٥ وما بعدها ، كاريلا : الهامش السابق .

لغير قابلة للتطور من حيث تزايد خطورتها (٦٠) .

٣) كذلك يدخل فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان الإنجاز الخلال أو العيوب التى توجد فى الأعمال اللازمة للوفاء بمقتضيات الحد الأدنى فى مجال العزل الصوتى فى الأبنية المعدة للاستعمال السكنى ، سواء كانت هذه الخلال أو العيوب محلا لتحفظات ضمنها رب العمل محضر التسليم ، أو موضوعا لإخطارات مكتوبة موجهه منه إلى المقاول إذا ماتم اكتشافها بعد هذا التاريخ ، فكل هذه الخلال والعيوب المتعلقة بمجال العزل الصوتى يتعين على المقاول المختص إصلاحها إصلاحا عينيا طبقا لأحكام ضمان تمام الإنجاز هذا ، وذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ محل الدراسة بهذا الفرع وأيضا الفقرة الثانية من المادة (١١ - ١١١ .L) من تقنين التشييد والإسكان (code de la construction et de l'habitation) (٦١)

---

(٦٠) تقرير سبينيتا : سالف الذكر ص٣٠ ، كاريلا : الهامش السابق .

(٦١) كوستا : المقال السابق ص٤٤ ، بيجو : المرجع السابق ص١٥٦ وما بعدها مالنفو وجستاز : المرجع السابق بند ١٢٦ ص١٥٣ ومابعدها ، كاريلا المرجع السابق . فصل G ص٥ ، فصل H ص٦ ، ٧ ، مازو وجيجلار : المرجع السابق . بند ١٣٦٥هـ ص٧٩٧ ، وأنظر فى هذا الموضوع بتوسع : فرانسواز آلبو : رسالتها السابقة من ص٢٢٨ : ص٢٥٨ . وعن مدى تطبيق القضاء الإدارى للحكم المنصوص عليه بالمادة السابعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ بخصوص خضوع أعمال العزل الصوتى لضمان تمام الإنجاز ، أنظر مودرن : مقاله السابق .M.T.P عدد ٢٤ من يوليو ١٩٧٨ ص٢٣ عمود ٢ حيث يقرر : "La jurisprudence administrative fera-t-elle application de cette norme qui figure aujord'hui à l'article 7 de la loi du 4 janv 1978 et à l'art L.111, 11 du C.C.H.? Il est difficile de le prévoir ces dispositions ne peuven en effet étre regardées comme =

(٤) جميع الخلال أو الأضرار المتوسطة :
"Les désordres ou les dommages intermédiaires

وهى الخلال أو الأضرار التى لاتدخل ضمن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام كل من الضمانين العشرى والثنائى ، دون أن تكون - بطبيعة الحال - ظاهرة عند التسلم [٦٢] .
وعلى ذلك يتناسب مدى اتساع مجال هذه الخلال أو الأضرار دائما تناسبا عكسيا مع المجال الموضوعى لتطبيق أحكام الضمانين المذكورين . فكلما اتسع نطاق تطبيق هذين الضمانين سواء بالتوسع فى التفسير ، أو بالتدخل التشريعى ، كلما ضاق نطاق تطبيق تلك الخلال أو الأضرار المتوسطة [٦٣] .

وقد كانت هذه الخلال أو الأضرار المتوسطة تخضع دائما فيما قبل تاريخ سريان القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ - لأحكام القواعد العامة ، سواء منها ماتعلق بعقد المقاولة أو ما تعلق بعقد البيع .[٦٤] .

---

un des principes dont s'inspirentles art. 1792 et 2270 du code civil" =

(٦٢) بوبلى : المرجع السابق بند ٢٤٦ ص ١٥٣ .
(٦٣) راجع فى بيان نطاق تطبيق كل من الضمانين المذكورين : من ص ٨٨١ : ٨٩٨ بالنسبة للضمان العشرى ، ومن ص ٩٩١ : ص ٩٩٨ بالنسبة للضمان الثنائى ، ومالم يدخل فى أى من هذين النطاقين يعتبر بطبيعة الحال من الأضرار المتوسطة .
(٦٤) انظر فى بيان ذلك تفصيلا : بوبلى : المرجع السابق من بند ٢٤٧ ص ١٥٣ : بند ٢٥١ ص ١٥٦ . وأنظر أيضا مقاله المنشور فى R.D.I. ١٩٨٢ ص ١ بعنوان : "La responsabilité contracteulle de droit commun des contracteurs après la réception des travaux" تعليق على حكم الدائرة الثانية المدنية لمحكمة النقض الصادر فى ١٩٨١/٦/١١ ، والقضاء المشار إليه فيه . وأنظر أيضا كوستا : فى تعليقه على حكم الدائرة الثالثة المدنية بمحكمة النقض الصادر =

أما بعد صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، واستخداثه تشريعيا كما قلنا - لضمان تمام الإنجاز محل العرض وطبقا للصياغة المطاطة التى صيغت بها الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ مدنى مستحدثة بالقانون المذكور ، والتى قررت هذا الضمان وأوضحت عناصره ، فقد أضحت هذه الخلال أو الأضرار المتوسطة تدخل ضمن نطاق التطبيق الموضوعى لهذا الضمان ، متى توافرت فيها الشروط التى يتطلبها القانون والتى سنأتى إليها بعد قليل (٦٥) .

وعلى ذلك فإذا كان شئ من هذه الخلال أو الأضرار المتوسطة موضوعا لتحفظات أدرجت فى محضر التسليم والتسلم - بفرض أنها كانت ظاهرة قبل أو حين تحرير هذا المحضر - أو كان شئ منها موضوعا لإخطار مكتوب موجه من قبل رب العمل إلى المقاول المعنى بالأمر . وفى خلال السنة الأولى اعتبارا من تاريخ التسلم بفرض عدم اكتشافه إلا بعد هذا التاريخ ، وقبل فوات سنة منه - فإن هذا الخلل أو الضرر الذى كان محلا لشئ من هذا أو ذاك يدخل فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز ويتعين على المقاول المعنى بالأمر إصلاحه عينا وفقا لهذه الأحكام (٦٦) .

= ١٩٧٨/٧/١٠ منشور فى Administrer عدد يناير ١٩٧٩ ص٤٢ ومابعدها وص٥٢:٥٤ . وانظر كذلك فى نفس الموضوع :كاستون : مقال بعنوان :
"Garantie décennale et responsabilité de droit commun" A.J.P.I. 1980, P. 535 et. s.

تعليق على حكمى الدائرة الثالثة المدنية بمحكمة النقض أحد هما صادر فى ١٩٧٨/٧/١٠ سالف الذكر والثانى صادر فى ١٩٧٩/٥/٢٩ .

(٦٥) انظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق .

(٦٦) بوبلى : المرجع السابق بند ٤١٠ ص٢٦٠ ، كاريلا : المرجع السابق فصل G ص٣ .

(٥) كذلك يدخل فى نطاق هذا الضمان كل موجبات تطبيق أحكـــــام الضمان العشرى ، أى كل خلل أو عيب يترتب عليه التعريض للخطر متانة العقار المشيد وسلامته ، أو جعله - عن طريق التأثيـــر فى أحد عناصره التكوينية أو التجهيزية - غير صالح لتحقيـــق الغرض الدافع إلى تشييده ، أو التأثير فى متانة وسلامة أحـــد عناصر التجهيز فى المبنى " Bâtim nt" تلك التى تشكل جسمـــا غير قابل للانفصال " Indissociablement corps " مع أعمـــال المنافع العامة "de viabilite " أو الأساس "de fondation " أو الهيكل " d'ossature " أو السياج (السور) " de clos " أو المظلة " de couvert" على الوجه الذى سبق تفصيله فـــى المطلب الأول من هذا الفرع (٦٧) .

وأخيرا فإنه يدخل فى نطاق تطبيق هذا الضمان - وبمقتضى عموم النص أيضا - كل خلل يؤثر على أداء العناصر التجهيزيـــة القابلة للانفصال"dissociable " فى المبنى " bâtiment " لوظيفتها المنوط بها أداؤها ، وبعبارة أخرى كل الخلل أو الأضـرار التى تدخل فى نطاق تطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء ، أو الضمان ذى العامين كحد أدنى ، على النحو الذى سبق بيانه فى المطلب السابق (٦٨) .

على أن هذا القول (٦٩) ، يجرنا إلى التساؤل عن مصير حق

---

(٦٧) راجع فيما سبق من ص٨١٠ : ص٨٩٨ وأنظر فى نفس المعنى: مالنفو وجستاز المرجع السابق بند ١٢٢ ص١٥١ ، حالشية : المقال السابـــق ص٦٠ عمود ٢ ، كوستا :المقال السابق ص٤٤ عمود ٢ ، جروسيلييـــر المقال السابق " La réforme." بند ١٦ - ١ ص٢٠ .

(٦٨) راجع فيما سبق من ص٩٩١ : ص٩٩٨ وانظر ، أيضا ، المراجـــع المشار إليها فى الهامش السابـــق .

(٦٩) أى القول بشمول نطاق تطبيق ضمان تمام الإنجاز لكل من نطاقـى تطبيق الضمان العشرى وضمان كفاءة الأداء على الوجه المذكـــور أعـــلاه .

رب العمل فى رفع دعوى الضمان العشرى ، أو دعوى ضمان كفاءة الأداء ، إذا ماتوفرت مبررات الادعاء بأى منهما ، فى خلال السنة الأولى التالية للتسلم . أيكون من حقه ذلك ؟ أم ينحصر عنه ، لينحصر تماما فى نطاق أحكام ضمان تمام الإنجاز دون غيره ؟

يذهب الرأى الغالب فى فرنسا (٧٠) ، إلى أن رب العمل بالخيار فى هذه الحالة بين أن يعمد إلى دعوى المسئولية العشرية أو دعوى ضمان تمام الإنجاز ، أو هذه الأخيرة ودعوى ضمان كفاءة الأداء ، حسب الأحوال ، حسبما يراه محققا لمصلحته (٧١) فإذا كان الخلل مما يدخل فى نطاق تطبيق الضمان العشرى ، فله أن يختار بين دعوى هذا الضمان ، ودعوى ضمان تمام الإنجاز ، وإن كان الخلل مما يدخل فى نطاق تطبيق أحكام ضمان كفاءة الأداء ، فهو بالخيار أيضا بين دعوى هذا الضمان ودعوى ضمان تمام الإنجاز ، كل ذلك طبقا لما يراه محققا لمصلحته (٧٢) ، ودون إجبار عليه فى أن

---

(٧٠) روسيل : المرجع السابق § A45 ، مالنفو وجستاز : المرجع السابق بند ١٢٤ ص ١٥٣ ، بوبلى : المرجع السابق بند ٢٩٣ ص ١٨٣ ، مازو وجيجلار : المرجع السابق . بند ١٣٦٥ - ٤ ص ٧٩٦ ، مودرن : المقال السابق : ١٩٧٨/٧/٢٤ ص ٢٢ عمود ٣ . كوستا : المقال السابق ص ٤٤ عمود ١ وانظر من الفقة المصرى فى نفس المعنى ياقوت . بند ٥٨ ص ١٤٣ ، شكرى سرور . بند ١٤٩ ص ١٧٥ .

(٧١) مودرن : الهامش السابق ، حيث يقرر : "....encore que rien n'interdise au maître de l'ouvrage s'il estime plus opportun, de réclamer une indemnisation à l'enterpreneur au titre des articles 1792 et suivants du code civil"

(٧٢) مالنفو وجستاز : الهامش السابق . حيث يقرر : "On inclinerait volontiers dans le sens d'une option entre les deux garanties" جروسليير : المقال السابق . بند ١٦ - ١ ص ٢٠ .

يلتزم طريقا معينا ، أو يسلك سبيل دعوى معينة دون أخرى . فهو بالخيار دائما فى خلال السنة الأولى واعتبارا من تاريخ التسلم بين دعويين [٧٣] : دعوى ضمان تمام الإنجاز ، باعتباره ضمانا موضوعيا ذا نطاق تطبيق موضوعى عام ومطلق ، وبين دعوى أى من الضمانيين الآخرين - العشرى والثنائى - إذا تحققت دواعى سلوكهما باعتبارها دعوى ضمان خاص محدد بنطاق تطبيق معين [(٧٣) مكرر] .

ويبرر الرأى الغالب قوله هذا ، بأنه يتفق وقصد المشرع فى تقرير الحماية الكافية والفعالة لرب العمل ، فكما أن هذا الأخير هو المقصود بالحماية ، لذلك لزم أن يكون له الخيار فى الدعوى التى يراها محققة لتلك الحماية التى قصدها له المشرع [٧٤] كما وأن هذا الضمان ضمان تكميلى [٧٥] بالنسبة للمسئولية العشرية فلا ينبغى أن يجبر رب العمل على سلوكه دون الضمان الأصلى ، كذلك فإن القفول بغير ذلك سوف يترتب عليه انقاص كل من مدة الضمان العشرى إلى (٩) تسع سنوات بدلا من عشرة ، والضمان الثنائى إلى سنة واحدة بدلا من سنتين ، وهذا مالم يدر بخلد المشرع [٧٦] .

(٧٣) وليس بالخيار بين ثلاث دعاوى كما ذهب رأى فى الفقه المصرى، انظر ياقوت . المرجع السابق بند ٥٨ ص١٤٣ .

(٧٣) مكرر : مازو وجيجلار : السابق ، بند ١٣٦٥ ص٧٩٦ حيث يقرر :
"Ainsi , pendant l'année suivante la réception, le maître disposera a deux actions à son choix

(٧٤) انظر المراجع المشار إليها فى هامش ٧٠ أعلاه .

(٧٥) جروسليير : المقال السابق : .La réforme " بند ١٣ ص١٧ وبند ١٦ - ١ ص٢٠.

(٧٦) أنظر بالإضافة إلى المراجع المشار إليها فى هامش ٧٠ أعلاه ، جروسليير : الهامش السابق ، وزير فلييه : مقاله السابق ص١١ عمود ١ .

وعلى ذلك ، وطبقا لهذا الخيار الذى يمنحه الرأى الغالب من الفقه الفرنسى لرب العمل ، فى أن يسلك من الدعويين مايراه محققا لمصلحته ، فقد يتبع هذا الأخير أحكام ضمان تمام الإنجاز باعتبار أنها تهىء له دعوى عامة ، تمتد إلى كل خلل فى العقار المشيد مهما كانت درجة خطورته ، وحيثما كان محله من ذلك العقار كما وأنها تحقق له إصلاحا عينيا سريعا لاتحققه له بالضرورة أى من الدعويين الأخريتين ، كما قد يستهويه فيها وحدة الطرف المدين بها ، وهو المقاول المعنى فقط ، دون غيره من المشاركين فى عملية التشييد والبناء ، كالمهندس المعمارى وغيره من الفنيين والمقاوليين الآخرين (٧٧) . ومع ذلك فقد يفضل عليها الدعوى الأخرى التى تتداخل معها - عشرية كانت أم ثنائية - وذلك لدواعى ومبررات تقوم لديه ، من ذلك استحالة الاصلاح العينى أحيانا ، أو الرغبة لأى سبب ما (٧٨) فى الحصول على تعويض فقدى ، أو لأنها تمنحه مجالا أوسع فى الادعاء لتعدد الطرف المدين بها بالنظر إلى سابقتها .

إلا أن هناك رأيا فى الفقه الفرنسى (٧٩) ، يذهب إلى إلزام رب العمل باتباع أحكام ضمان تمام الإنجاز أولا . بمعنى أن يخطر رب العمل المقاول كتابة بما يكتشف له من خلال فى العمل ككل أو فى أحد عناصره التكوينية أو التجهيزية ، أثناء السنة الأولى اعتبارا من تاريخ التسلم ، وفى هذه الحالة من المتصور أحد

---

(٧٧) مودرن : المقال السابق : ١٩٧٨/٧/٢٤ ص ٢٢ عمود ٣ ، مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٥ - ٤ ص ٧٩٦ هامش ٦ ياقموت المرجع السابق بند ٥٨ ص ١٤٣ .

(٧٨) كما لو أراد مثلا أن يستبدل العنصر التجهيزى الذى شابه الخلل بآخر جديد من نوعه ، أو من نوع آخر يفوقه أفضلية .

(٧٩) بيجو : المرجع السابق ص ١٦١ .

أمرين : إما أن يتم الإصلاح العينى فى المدة المتفق عليها ، وبصورة مرضية ، وبذلك تنعدم مصلحة رب العمل فى سلوك الدعوى الأخرى المتداخلة (عشرية كانت أم ثنائية) لانعدام سببها وإما أن الإصلاح العينى لم يتم فى المدة المتفق عليها ، أو تم ولكنه فى صورة غير مرغبة ، وفى هذه الحالة يصبح من حق رب العمل اللجوء إلى الدعوى الأخرى ، عشرية كانت أم ثنائية ، ويقرر صاحب هذا الرأى أن مدة المسئولية العشرية أو الثنائية سوف لاتنقص إلى تسع سنوات - بالنسبة للأولى - وسنة واحدة - بالنسبة للثانية - ذلك أن كلا منهما سوف تكون قابلة لان تنطبق على الخلال ذات الطبيعة العشرية أو الثنائية فى السنة الأولى اعتبارا من تاريخ التسلم ولكن الدعوى فقط هى التى تكون موقوفة لحين انقضاء مدة ضمان تمام الإنجاز ، ويقرر صاحب هذا الرأى أيضا ، بأنه يتردد كثيرا فى الاعتراف لرب العمل فى الحق المطلق فى الاختيار ، لأن هذا سوف يفرغ ضمان تمام الإنجاز من مضمونه وجوهره ، وسوف يهدر قصد المشرع من تقريره ، ويصادر على رغبته فى تخفيف مبالغ التأمين الخاص بهذا المجال من النشاط البشرى (٨٠) .

وفى تقديرنا ، فإن مايذهب إليه الرأى الغالب من الفقه الفرنسى هو الأولى بالاتباع لقوة ومنطقية الحجج التى يستند إليها كما وأنه هو مايتفق وقصد المشرع الفرنسى من اسباغ حماية قانونية وفعالة على رب العمل فى هذا المجال ، وما هذه الضمانات على تعددها ، إلا وسائل تحقيق هذا القصد ، ومتى كان الأمر كذلك فلا ينبغى مصادرة حق المقصود بالحماية فى اختيار الوسيلة التى يراها متفقة ومصلحته ، ومحققة له الحماية القانونية التى أراد المشرع إسباغها عليه .

---

(٨٠) بيجو : الهامش السابق ، كاريلا : المرجع السابق فصل ٦ ص ١٣ .

ثانيا : شروط دخول الخلل ضمن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز أو (الضمان السنوى) .

إذا كان المشرع الفرنسى - حماية منه لرب العمل ، ووقوفا إلى جانبه - قد أطلق هكذا فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز هذا ، بحيث جعله يشمل - كما رأينا - إلى جانب مايسرى عليه كل من الضمانيين العشرى والثنائى كل هذه الخلال أو الأضرار ، التى يمكن أن يطلق عليها تعبير : الخلال أو الاضرار الشاردة عن نطاق تطبيق أحكام كل من الضمانيين السابقين ، إلا أنه - رعاية منه لجانب المقاول أيضا ورغبة فى حفظ التوازن بين الأطراف - تطلب من رب العمل تعيين هذه الخلال أو الأضرار تعيينا نافيا للجهالة المفضية إلى النزاع ، حتى يمكن أن يشملها نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان ، ويلتزم المقاول بإصلاحها عينا طبقا لتلك الأحكام .

والمشرع الفرنسى ، وقد تطلب صراحة من رب العمل هذا التعيين والتحديد لتلك الخلال أو الأضرار ، لم يترك له حرية اختيار الوسيلة أو الوسائل التى يتم بها هذا التعيين والتحديد وإنما تطلب منه صراحة أن يسلك فى تعيين هذه الخلال أو الأضرار وتحديدها ، احدى الوسيلتين الآتيتين : -

الأولى : أن يكون الخلل أو الضرر (٨١) موضوعا لتحفظ يضمنه رب العمل محضر التسليم والتسلم ، الذى يتم تحريره عادة بمناسبة إتمام هذه العملية (٨٢) . وهو مانصت عليه

(٨١) أو الخلال أو الاضرار اذا تعددت ، وذلك من باب أولى .

(٨٢) وذلك فيما عدا عيوب الصنعة المتعلقة بعدم استيفاء الحد الأدنى لمقتضيات العزل الصوتى ، فإن رب العمل غير ملتزم بذكرها فى تحفظات يضمنها محضر التسليم والتسلم ، ذلك أن التسلم - طبقا لما يراه الفقه الفرنسى - ليس له أى أثر معفى=

صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر :

"Tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de reséŕve mentionnés à procès-verbale de réception"

ومعنى هذا أن الخلل أو الضرر يكون ظاهرا ، أو على الأقل معلوما من رب العمل عند التسلم فيقرر هذا الأخير أو من ينوب عنه فى إتمام هذه العملية ، أن هذا الخلل أو الضرر من الأهمية ، بحث يتجاوز حد التسامح فيه ، كما وأنه من ناحية أخرى ، ليس على درجة من الخطورة ، بحيث تبرر قانونا الامتناع عن التسلم المعروض عليه ، وتوفيقا بين هذا الاعتبار وذلك يقرر إتمام عملية التسلم مع التحفظ بشأن هذا الخلل ، وإدراج هذا التحفظ فى محضر التسليم والتسلم ، الذى يتم تحريره بمناسبة هذه العملية ، ليقوم المقاول المعنى بالأمر بإصلاح هذا الخلل عينا ، وفى المدة التى سيتفق عليها ، طبقا لأحكام هذا الضمان (٨٣) .

ومقتضى هذا القول أن كل خلل أو ضرر يكون ظاهرا أو على الأقل ،معروفا لرب العمل عندالتسلم ، ولم يتم التحفظ بشأنه من قبل رب العمل ، وإدراج هذا التحفظ فى محضر التسليم والتسلم

= أو مبرئ لذمة المقاول الذى يعنيه الأمر ، بالنسبة لهذه العيوب : انظر فى بيان ذلك : كاريلا ، المرجع السابق فصل II ص ٦ ، ٧ ، فرانسواز ألبو : رسالتها السابقة ص ٣٣٧ ومابعدها .

(٨٣) كاستون : المقال السابق : ص ٩٦ عمود ٢ ، جالشيه : المقال السابق ، ص ٦١ عمود ١ ، زير فليه ، المقال السابق ، ص ٣ عمود ٢ .

فإن مثل هذا الخلل أو الضرر يخرج عن نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز محل البحث ، وبالتالى لايلتزم المقاول المعنى بإصلاحه عينا طبقا لأحكام هذا الضمان ، ويعتبر التسلم على هذا الوجه مبرئا لذمة المقاول من هذا الالتزام (٨٤) ،باعتبار أن رب العمل يعد متنازلا عن حقه فى طلب هذا الإصلاح (٨٥) .

على أن المقصود بالظهور هنا ليس فقط ظهور الخلل أو الضرر فى حد ذاته ، وإنما أيضا ظهور آثاره ، فقد يكون الخلل أو الضرر فى حد ذاته ظاهرا عند التسلم ، ويقدر رب العمل أو من يمثله عدم أهميته ، وأنه لايتجاوز الحد الذى ينبغى أن يتسامح فيه أو يتجاوزه عنه ، فلا يتحفظ بشأنه عند التسلم ، إلا أن هذا الخلل قد تضخمت آثاره بعد ذلك ، وفى خلال السنة التالية للتسلم ،قطبقا للمبدأ الذى سار عليه القضاء الفرنسى ، من ضرورة ظهور العيب عند التسلم ، ليس فى ذاته فقط بل وفى آثاره أيضا (٨٦) ، فإن إصلاح مثل هذا الخلل أو الضرر يدخل ضمن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذا الضمان (٨٧) .

كذلك إذا أخذنا فى الاعتبار ماسبق بيانه من أن القضاء الفرنسى يعتبر أن كل خلل أو ضرر لم يتم التحفظ بشأنه عند التسلم لابد وأنه كان خفيا فى ذلك الحين ، وعلى من يدعى خلاف ذلك إثباته . فإن من مقتضى ذلك المبدأ أو هذه القرينة القضائية التضييق إلى حد كبير من الخلال أو الأضرار الظاهرة التى لم يتم

---

(٨٤) كاستون : الهامش السابق ، ص ٩٧ عمود ١ ، جالشيه : المقال السابق . ص ٦٠ عمود ٢ .

(٨٥) انظر ماسبق بيانه بالنسبة للأثر المبرئ للتسلم فيما يتعلق بالعيوب أو الأضرار الظاهرة عند التسلم من ص ٢٧٢ : ص ٢٧٥ فيما سبق .

(٨٦) راجع فيما سبق ص ٢٧٥ : وهامش ٧ بها .

(٨٧) أنظر فى ذلك . جالشيه : المقال السابق ص ٦١ عمود ١ .

التحفظ بشأنها عند التسلم ، بحيث تنحصر فى تلك الخلال أو الأضرار الظاهرة التى يستطيع المقاول المعنى بالأمر إثبات ظهورها فى ذاتها أو على الأقل ، علم رب العمل بها ذاتا وأثرا فى ذلك الوقت وأعرض عن التحفظ بشأنها فى محضر التسليم والتسلم ، ولاشك أن النتيجة الحتمية لكل هذا ، هى الاتساع إلى مدى بعيد فى نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز محل البحث (٨٨) .

---

(٨٨) ومع ذلك فإن هناك أتجاها فى الفقه الفرنسى لم يكفه كل هذا التوسع فى النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام هذا الضمان ، ويذهب إلى القول بدخول كل الخلال أو الأضرار الظاهرة عند التسلم حتى تلك التى لم تكن موضوعا لتحفظات ضمنت محضر التسليم والتسلم ، فى نطاق تطبيق أحكام هذا "ضمان ، بحيث يلتزم المقاول بإصلاحها عينا . انظر فى هذا الاتجاه ليت - فو : المرجع السابق . ص ٣٤٤

ويشير إلى أن من هذا الرأى كل من : Meysson et Tirard "Le retenue de garantie dans les marchés de Travaux privés" M.T.P. 13 mai, 1972, p. 34 et s.
Silard: "Le régime des retenues de garantie des marchés d' entreprises " A.J.P.I. 1972, P. 1164
Caston: "La responsabilité des constructures" 1979 N. 242.

إلا أننا نتفق مع الرأى الغالب الذى يتطلب - كماسبق البيان بالمتن عاليه - ضرورة التحفظ بشأن الخلال أو العيوب التى كانت ظاهرة عند التسلم ، حتى يمكن القول بتطبيق أحكام هذا الضمان عليها اتفاقا مع صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ المستحدثة سالفة الذكر . انظر من هذا الرأى الغالب على سبيل المثال : كاستون : المرجع السابق . بند ٢٤٢ ص ١٢٤ ومابعدها

حيث يقرر : "La retenue est affectée à la levée des resérves de la réception et à celles de la période de garantie sous resérve de l'application de l'effet exonératoire de la réception à cet égard"

الثانية : أن يكون الخلل أو الضرر موضوعا لإخطار كتابى موجه من رب العمل إلى المقاول المعنى بالأمر ، وفى خلال السنة الأولى اعتبارا من تاريخ التسلم ، وهو ماتنص عليه صراحة أيضا الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ المستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر حيث تقضى بأن :

"... tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage .... soit par voie de notification écrite pour ceux revèles postérieurement à la réception".

ومقتضى هذا الشرط هو أن الخلل أو الضرر(٨٩) يكون خفيا عند التسلم ، سواء فى ذاته أو فى آثاره ، مما يستعصى معه على رب العمل العادى (٩٠) أن يكتشفه أو يعلم به ، فتتم عملية التسليم والتسلم ويتحرر محضرها خاليا من أى تحفظ بشأن خلل أوضرر أو متضمنا لبعض تحفظات تتعلق بشىء من ذلك ، ولكن يحدث أن يظهر أو ينكشف أثناء السنة التالية للتسلم خلل أو ضرر آخر غير ماتم

= ومازو وجيجلار : المرجع السابق ، بند ١٣٦٥ - ٤ ص ٧٩٦ هامش ٢ ، حيث يقرر فيه أيضا :

"Le maître de l'ouvrage ne pourrait toutefois reclamer la réparation des vices apparants lors de la réception".

ويشير الفقيهان إلى تقرير M. Richomme سالف الذكر ص ٢٨، ٢٩ منه (J.O.D.A.N. 1977-1978, N.3368) وانظر من هذا الرأى من الفقه المصرى . ياقوت : المرجع السابق ، بند ١٥٧ ص ١٤٢ وهامش ٣٢٦ بها .

(٨٩) من نفس الطائفة ، وفى نفس الظروف الخارجية التى تحيط به . أنظر فيما سبق ص ٧٩٠ : ٨٠٠ .

(٩٠) كاستون : المقال السابق . ص ٩٦ عمود ٢ ، جالشيه : المقال السابق .ص ٦١ عمود ١ ، زير فليه : المقال السابق . ص ١٠ عمود ٢ .

التحفظ بشأنه .

وفى هذه الحالة الأخيرة تطلب المشرع الفرنسى من رب العمل أن يبلغ المقاول المعنى بهذا الخلل أو الضرر الذى ظهر أو انكشف فى خلال هذه السنة ، عن طريق إخطار مكتوب ، ويطلب منه فيه الإصلاح العينى لذلك الذى ظهر ، وعلى هذا الاخير أن يقوم بهذا الإصلاح العينى فى المدة المتفق عليها ، وعلى الوجه المرضى طبقا لأحكام هذا الضمان (٩١) .

وإذا كان المشرع الفرنسى قد تطلب أن يتم هذا الإخطار كتابة ، فما ذلك إلا ليوفر لرب العمل وسيلة الإثبات ، ويقيم على المقاول الحجة على تمام إعلانه بظهور هذا الخلل أو الضرر فى خلال السنة التالية للتسلم ، وحتى يحجب عنه فرصة الأدعاء بعدم العلم به ، إلا أن المشرع لم يرسم له طريقا معينا لإيصال هذا الإخطار المكتوب . لكن الفقه الفرنسى يقرر أنه سوف لايفوت رب العمل أن يرسله بخطاب موصى عليه بعلم الوصول (٩٢) حتى يتحقق بذلك وصوله للمقاول المعنى بالأمر ، فيتحقق تبعا لذلك قصد المشرع من إخطاره بظهور الخلل أو انكشافه فى خلال السنة الأولى اعتبارا من تاريخ التسلم ، فيقوم بإصلاحه عينا ، فتتحقق بذلك الحماية التى قصد المشرع إسباغها على رب العمل .

وعلى ذلك فإذا ظهر أو انكشف خلل أو ضرر خلال السنة الأولى اعتبارا من تاريخ التسلم ، ولم يقم رب العمل بإخطار المقاول المعنى به كتابة طالبا إصلاحه إصلاحا عينيا ، فإنه يعتبر بذلك متنازلا عن حقه فى طلب هذا الإصلاح ، ومن ثم لايلتزم المقاول

---

(٩١) بوبلى : المرجع السابق بند ٢٧٥ ص ١٧١ ، كاريلا : المرجع السابق فصل G ص ٥ ، ماوو وجيجلار : المرجع السابق . بند ١٣٦٥ ـ ٤ ص ٧٩٦ ، زير فليه : الهامش السابق .

(٩٢) كاستون : الهامش الأسبق وص ٩٧ عمود ١ ، جالشيه : المقال السابق ص ٦٠ عمود ٢ .

بإصلاحه ولو علم به من جهة أخرى ، متى لم يعينه له رب العمل بالطريق الذى رسمه له المشرع

"...tous les désordres signalés par la maitre de l'ouvrage" (٩٣)

كذلك لا يلتزم المقاول - فى تقديرنا - بإصلاح الخلل أو العيب الذى ظهر أو انكشف خلال السنة الأولى أعتبارا من تاريخ التسلم ، إلا أن رب العمل لم يقم بإخطار المقاول به إلا بعد فوات هذه المدة المذكورة .

سند ذلك أن المشرع حدد مدة التزام المقاول بالضمان بسنة واحدة فقط ، تبدأ فى السريان اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل ، وبأنتهاء هذه المدة ينتهى معها الالتزام بالضمان ، ولو كان الخلل أو العيب قد ظهر أو أنكشف خلال هذه المدة متى لم يباشر رب العمل دعواه إلا بعد فواتها . وذلك اتساقا مع المسلك العام للمشرع الفرنسى ، فيما يتعلق بأحكام هذه المسئولية الخاصة ، إذ لم يفرق المشرع المذكور - وعلى عكس المشرع المصرى - بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان ، لامن حيث المقدار ولا من حيث تاريخ البدء فى السريان (٩٣) .

وعلى ذلك ، فإن مدة السنة هذه ، التى نص عليها المشرع الفرنسى فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر كما أنها مدة ضمان تمام الإنجاز فهى فى نفس الوقت مدة لتقادم دعواه . ونتيجة لذلك ، لايكفى أن يظهر الخلل أو العيب خلال السنة التالية للتسلم ، بل لابد وأن يخطر رب العمل المقاول المعنى به ويطلب منه إصلاحه عينيا خلال نفس المدة وإلا سقط حقه فى ذلك .

إذا تعين الخلل أو الضرر بأحدى هاتين الوسيلتين اللتين حددهما المشرع صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦سالفة الذكر ، دخل ضمن النطاق الموضوعى لتطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز

---

(٩٣) انظر فيما سبق ص٢٩٠ ومابعدها ، وص٣٠٢ ومابعدها .

والتزم المقاول بإصلاحه عينيا طبقا لهذه الأحكام ، أما إذا لم يعينه رب العمل بإحدى هاتين الوسيلتين ، سقط حقه فى طلب الإصلاح العينى ، واعتبر متنازلا عنه وبرئت ذمة المقاول المعنى به من إصلاحه .

ومع ذلك فقد نص المشرع الفرنسى فى الفقرة السادسة من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر ، على أن " ضمان تمام الإنجاز هذا لايشمل الأعمال الضرورية اللازمة لعلاج آثار الاستهلاك أو الاستعمال العادى (٩٤) " ، ذلك أن المشرع الفرنسى قد راعى أن العقار منذ تسلمه من رب العمل يكون فى حوزته الفعلية ، وتحت حراسته يستعمله أو يستغله بالطريقة التى يراها محققة لمصلحته ، وأن من شأن هذا بالضرورة أن تكون له آثاره على العقار ، مما يقتضى أعمالا معينة لعلاج هذه الآثار مثل أعمال الصيانة الدورية اللازمة لمثل هذا العلاج ، وهنا طبق المشرع قاعدة " الغرم بالغنم " فكما أن رب العمل يحوز العقار فعلا ، ويستعمله أو يستغله لصالحه وجب أن يتحمل مغبة ذلك ، متى كانت هذه الآثار آثارا طبيعية لهذا الاستعمال أو الاستغلال .

وعلى ذلك نص المشرع الفرنسى على إخراج هذه الأعمال من نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز (٩٥) . وفى تقديرنا ، فإن

---

(٩٤) "La garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l''usure normale ou de l'usage"

(٩٥) انظر فى ذلك : كاستون : المقال السابق ص ٩٧ عمود ١ ، جالشيه : المقال السابق . ص ٦١ عمود ١ ، كوستا : المقال السابق ص ٤٤ عمود ١ . وأنظر فى أن هذه الفقرة " حشو "Superfétatoire" من المشرع لاحاجة إليه "زير فليه : المقال السابق ص ١٠ عمود٢ حيث يقرر : "Ceci apparait comme superfetatoire" ثم يتساءل الشارح .
"Dans le délai d'un an de la garantie de parfait achèvement, quels pourraient étre les travaux nécessaires pour remédier aux effets de l' usure normale ou d'lusage.? "

هذا النص يكون أولى بالتطبيق إذا كانت الأعمال المطلوبة ضرورية ولازمة لعلاج آثار ناجمة عن استهلاك أو أستعمال غير عاديين ، ففى هذه الحالة لايطالب المقاول بالقيام بمثل هذه الأعمال ، وأن تكليف رب العمل بها يكون فى هذه الحالة ، من باب الجزاء الخاص له على تجاوزه الحد المعقول فى الاستهلاك والاستعمال .

أما اذا كانت هذه الأعمال ليست علاجا لآثار طبيعية ومألوفة لمثل هذا الاستعمال العادى ، أو حتى غير العادى ، وإنما كانت غلاجا لآثار تنم عن عيب دفين فى العقار أدى إلى ظهورها ، فإن إصلاح مثل هذه الآثار إصلاحا عينيا ، يدخل فى تقديرنا ، فى نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز ، هذا ويلتزم المقاول المعنى به متى كان ظهور هذه الآثار فى خلال السنة التالية للتسلم ، وأخطره بها رب العمل كتابة فى خلال هذه المدة ، طالبا إصلاحها طبقا لأحكام هذا الضمان .

" الفرع الثانـــي "

النظام القانوني لضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي

بعد أن فرغنا في الفرع السابق من بيان نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز ، أو الضمان السنوي ، سواء من الجانب الشخصي ، أو من الجانب الموضوعي فيه ، نعرض في هذا الفرع لبيان النظـام القانوني لهذا الضمان المستحـدث .

ودراستنا للنظام القانوني لضمان تمام الإنجاز ، تقتضينـا التعرض له في النقاط الآتيـــة : -

أولا : مـــدة الضمـــان . ثانيا : الطبيعة القانونية للضمان
ثالثا : تنفيذ أعمال الإصلاح وكيفية إعمال أحكامـــه.
رابعا : إثبات تمام تنفيـذ أعمال الأصـــلاح . خامسا : مدى تعلق أحكام ضمـــان تمام الإنجاز بالنظام العام.
سادسا : ضمان تمام الإنجا ز والأشغال العامـــة .

على أن نتناول كل نقطة من هذه النقاط الست في مطلب خـــاص .

- (المطلـــب الأول) -

مدة ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوي

تقضي الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ مدني مستحدثـة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ ، سالف الذكر ، بأن " ضمان تمـــام الإنجاز ، أو الضمان السنوي الذي يكون المقاول ملتزما به ، لمدة سنة اعتبارا من تاريخ تسلم العمل ، يمتد ليشمل إصلاح ...... "(١)

---

(١) انظر، فيما سبق، نص الفقرة المذكورة باللغة الفرنسية، هـ ١٢ صـ ٨٧٤

وهكذا أكمل المشرع الفرنسى بهذا النص سلسلة التدرج فيما يتعلق بمدد الضمانات التى تشكل فى مجموعها أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمعماريين ، من ضمان عشرى ، إلى ضمان ثنائى ، بحد أدنى ، فضمان سنوى . متبعا فى ذلك ، التدرج الطبيعى بين مختلف مكونات العقار المشيد وعناصره ، من حيث أهمية كل منها بالنسبة للعقار سواء فى تكوينه ، أو فى أدائه لوظيفته (٢) .

وطبقا لنص هذه الفقرة ، تكون مدة ضمان تمام الإنجاز سنة كاملة ، تحسب اعتبارا من تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل (٣) .

ولقد سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الفرنسى كان قد استقى هذا التحديد الزمنى لهذا الضمان ، مما كان قد اضطرد عليه العمل فى هذا الخصوص بكراسات الشروط النموذجية سواء فى نطاق القانون الخاص ، أو فى نطاق القانون العام (٤) .

ومدة السنة هذه التى نص عليها المشرع الفرنسى ، كمدة لضمان تمام الإنجاز ، تبدأ فى السريان - كغيرها من مدد الضمانات الأخرى - اعتبارا من تاريخ تسلم العمل (٥) ، وذلك طبقا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر ، ويتبع فى حسابها ذات قواعد حساب المدد ، التى سبق بيانها بمناسبة دراسة

---

(٢) انظر فى هذا المعنى ، ياقوت : المرجع السابق ، بند٦٠ ص ٢٤٦ وما بعدها

(٣) كاستون : المقال السابق ص ٦٧ عمود ٢ ،جالشيه : المقال السابق . ص ٦٢ عمود ٢ ،جروسلبير :المقال السابق ،بند ١٧ ص ٢١ ،بوبلى :المرجع السابق ، ص ١٦٢ ، كاريلا : المرجع السابق فصل C ص ٨ .

(٤) راجع فى ذلك ، ص ٩٣٠ وما بعدها فيما سبق ، والمراجع المشار إليها بالهوامش بهما .

(٥) انظر المراجع المشار إليها بالهامش الأسبق ، وانظر فى بيان تاريخ التسلم من ص ٣٢٥ : ط ٣٢٨ فيما سبق .

شرط المدة فى الضمان أو المسئولية العشرية [٦] .

ومدة ضمان تمام الإنجاز أو الضمان السنوى ، لاتكاد تختلف فيما عدا ما يتعلق - بمقدارها الزمنى - عن أحكام مدد الضمانين السابقين ، العشرى والثنائى ، سواء فيما يتعلق بطبيعتها ، أوعدم قبولها - كقاعدة - للوقف أو الانقطاع ، أو فيما يتعلق بمدى إمكانية الاتفاق مقدما على مخالفتها ، أو إمكانية النزول عنها بعد ثبوت الحق فيها ، إلى غير ذلك من أحكام [٧] سبق بيانها ، فنحيل عليها تجنبا للتكرار وبعدا عن الإطالة [٨] .

كذلك ، يقرر غالب الفقه الفرنسى بالنسبة لمدة ضمان تمام الإنجاز هذه ، ما كان قد قرره من قبل بالنسبة لمدد ذلكم الضمانين ، من اعتبار كل منهما ، بالإضافة الى أنها مدة ضمانها فهى فى نفس الوقت مدة دعوى نفس هذا الضمان ، وتسرى اعتبارا من نفس تاريخ سريانها [٩] ، وعلى ذلك ، فإن ماقيل من نقد ، فى هذا الخصوص ، هناك ، يقال - وبنفس الدرجة - هنا [١٠] .

إلا أنه تجدر الإشارة إلى ماذهب إليه رأى فريد [١١] فى الفقه الفرنسى المعاصر ، من ضرورة التمييز بين مدة الضمان التى حددها المشرع ، بالنص الصريح ، بمدة سنة ، اعتبارا من تاريخ التسلم ، ومدة التبليغ أو الأخطار ، أى المدة التى يجب على رب العمل أن يبلغ أو يخطر فى خلالها المقاول الذى يعنيه الأمر ، بما تكشف له من خلل بعد تمام عملية التسليم والتسلم ، ويطلب إصلاحه

---

(٦) انظر فى كيفية حساب مدة الضمان من ص ٢٧٦ : ص ٢٧٧ فيما سبق .

(٧) بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٨١ ص ١٧٤ ، بيحو : المرجع السابق . ص ١٦٢

(٨) انظر فيما سبق من ص ٣١٣ : ص ٣٣٧ .

(٩) بوبلى المقال السابق . بند ١٤ ص ٥ ، كاريلا : المرجع السابق فصل G ص ٩

(١٠) انظر هذا النقد فيما سبق ص ٣٠٣ ، ومابعدها ..

(١١) بيجو : المرجع السابق : ص ١٦٢ وأنظر فى عرض هذا الرأى ونقده كاريلا : الهامش الأسبق .

وهى المدة التى سكت المشرع الفرنسى عن بيانها .

ورتب صاحب ذلك الرأى على تمييزه هذا بين المدتين ، أن يكون بمكنة رب العمل أن يخطر أو يبلغ المقاول المعنى بالأمر بما تكشف له من خلال ، أثناء مدة الضمان ، أى أثناء مدة السنة اعتبارا من تاريخ التسلم ، ولو كان هذا الإخطار أو التبليغ قد تم بعد انقضاء مدة الضمان سالفة البيان ، والتى لايرى فيها صاحب هذا الرأى ، إلا مدة ضمان فقط ، وليست مدة إعمال الضمان ذاته ، وبعبارة أخرى ليست مدة دعوى الضمان ، أو مدة المطالبة بتنفيذ الضمان (١٢) .

ويقترح صاحب هذا الرأى ، علاجا لما قد يكون من تعسف من جانب رب العمل وتوانيه فى الإبلاغ ، إلى حد غير معقول أو غير مألوف ، أن يعتبر التأخير الغير عادى ، أو الذى لم يجر به عرف المهنة ، تنازلا من قبل رب العمل عن حقه فى المطالبة بالإصلاح العينى ، أو أنه من قبيل التعسف فى استعمال الحق (١٣) .

ويرى جانب من الفقه الفرنسى (١٤) أن هذا الرأى مرجوح من جانبين :

أولا : أنه لايقوم إلى سند من نص أو قانون يرجحه ، فليس فى نص الفقرة الثانية أو الفقرات التالية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر ، مايمكن أن يكون سندا قانونيا لهذا الرأى إذ لم تذكر بها إلا مدة السنة الواحدة اعتبارا من تاريخ التسلم .

ثانيا : أن هذا الرأى ينكر على مدة الضمان طبيعتها القانونية من أنها مدة محددة سلفا (١٥) لاتقبل الزيادة أو الامتداد

---

(١٢) بيجو : الهامش السابق .

(١٣) بيجو : الهامش السابق .

(١٤) كاريلا : المرجع السابق . فصل G ص ٩ .

(١٥) بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٨١ ص ١٧٤ .

وأنها تتمتع بصفة مزدوجة ، فهى بالإضافة إلى أنها مدة ضمان فهى أيضا تعتبر مدة دعوى هذا الضمان .

وعلى ذلك ، يرى الفقه الغالب فى فرنسا ، أن على رب العمل أن يبادر إلى الإبلاغ بما يظهر أو يتكشف من خلال ، بعد تمام عملية التسليم والتسلم ، بمجرد هذا الظهور أو الانكشاف ، وأنه لايجوز التأخير فى هذا الإبلاغ عن اليوم الأخير من مدة السنة ، التى هى مدة الضمان ، وإلا سقط حقه فى المطالبة بالإصلاح العينى طبقا لأحكام هذا الضمان (١٦) .

رأينا فى المسألة :

ونحن فى مجال الترجيح بين هذا الرأى الفقهى ، والرأى الغالب فى الفقه الفرنسى ، لايسعنا إلا أن نرجح هذا الرأى ،لاتفاقه مع منطق العقل ، وطبائع الأشياء . وليس من العسير الرد على ما أثير من انتقادات لهذا الرأى .

ذلك أنه مما يأخذه الفقه الغالب على هذا الرأى ، أنه ليس له سند قانونى يرجحه ، وردنا على ذلك أنه بحسب الرأى الفقهى عامة ألا يصادر نصا خاصا أو يصطدم مع قاعدة عامة مقررة فى خصوص معين .

أما أن هذا الرأى لايصادر نصا خاصا معينا ، فإن المشرع الفرنسى لم يتطلب - لا صراحة ولا ضمنا أن يتم التبليغ خلال مدة الضمان ، بل كل مانص عليه هو أن تستمر مدة الضمان إلى سنة تالية لتاريخ التسلم ، بما مفاده أن المقاول المعنى يضمن مايظهر من خلال فى العقار المشيد طيلة هذه السنة ، أما متى يتم التبليغ عما يظهر من خلال فهو مالم يرد بشأنه نص ، أو حتى إشارة من نص .

---

(١٦) بوبلى : المقال السابق . بند ١٤ ص٥ ، المرجع السابق ،الهامش السابق ، بلانكييل : المقال السابق : ص٥٨٨ عمود ١ ، كاريلا : الهامش الأسبق .

وأما أن هذا الرأى لايصطدم مع القواعد العامة فى هذا الخصوص ، بل على العكس يتفق معها تماما ، فبيانه أن مقتضى هذه القواعد ، فى مادة الالتزام بالضمان فى المجال العقدى ، هو التمييز دائما بين مدة الضمان ، ومدة دعوى الضمان ، إما من حيث المقدار ، وإما من حيث تاريخ السريان ، حتى تتاح الفرصة بذلك للمضمون أن يستفيد بمدة الضمان حتى آخر لحظة فيها ، وهذا تماما هو مايحققه الرأى الذى ندافع عنه ، فهو إذن رأى يجد سنده القانونى فى القواعد العامة للنظرية العامة للضمان فى المجال العقدى [١٧] ، وليس دون سند من قانون كما يدعى الرأى الآخر .

أما مايؤخذ على هذا الرأى من أنه ينكر على مدة الضمان طبيعتها القانونية ، من أنها مدة محددة سلفا . فإننا لانرى لهذا المأخذ وجودا ، ذلك أن هذا الرأى لم يقل بإنقاص هذه المده أو زيادتها عما حددها به المشرع ، كما وأن تطبيقه لن يؤدى إلى شىء من ذلك .

وأما ماقيل آخيرا ، من أنه ينكر عليها صفتها المزدوجة من أنها مدة ضمان ، ومدة دعوى الضمان فى نفس الوقت . فالأصل أنها - وكأى مدة قانونية - لاتتمتع إلا بصفة واحدة ، هى أنها مدة ضمان ، أما تمتعها بصفة ثانية ، وهى أنها مدى دعوى الضمان أيضا ، فهذا قول يلزمه النص التشريعى ، يقرر خروجه على مقتضى الأصل ، فأين النص الذى تستند إليه فى تمتعها بهذه الصفة ؟

وليس بمقبول هنا القياس على حالة الضمان العشرى أو الضمان الثنائى ، لوجود الفارق بين هذه وتلكما الحالتين ، ذلك

---

(١٧) انظر فى عرض هذه النظرية ، على وجه الخصوص :
Gross :"La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats" Thèse, Nancy, 1962.

الفارق المتمثل فى وجود النص التشريعى ، المجيز الخروج هناك (م ٢٢٧٠ مدنى) وغيابه هنا [١٨] ، وعند غياب النص الذى يقرر الخروج ، لزم البقاء على مقتضى الأصل . والأصل مقتضاه أن هذه مدة ضمان فقط ، وليست مدة دعوى الضمان ، لذلك لاضير أن يتم التبليغ أو الأخطار بعد انتهاء مدة الضمان ، متى كان ذلك خلال مدة دعوى الضمان ذاتها ، منصوصة كانت أم معقوله ، وهو ذات مايقول به الرأى محل العرض .

- المطلب الثانى -

الطبيعة القانونية للضمان وكيفية إعمال أحكامه

مع أن الفقه الفرنسى يكاد يجمع على شدة غموض الطبيعة القانونية لضمان تمام الإنجاز والتباسها [١٩] ، إلا أن غالب هذا الفقه يذهب إلى أن ضمان تمام الإنجاز هو ضمان موضوعى بالمعنى الحرفى للكلمة [٢٠] ، وأن القول بالطابع الموضوعى له يستند إلى

---

(١٨) إذ لم تشر المادة المذكورة إلى المادة ١٧٩٢ - ٦ مدنى مستحدثه ومعنى ذلك ، أن مدة الضمان ليست مدة دعوى الضمان .

(١٩) كوستا : المقال السابق . ص ٤٣ عمود ٢ حيث يقرر :

"Cela n'empêche pas la garantie d'étre ambigue quant à sa nature juridique"

كاريلا : المرجع السابق ، فصل G ص ٨ حيث يقرر : "La quasi-unanimite de la doctrine sont en souli-gnant, a l'occasion , la difficulte de la question, ou le caractère ambigue de la garantie"

(٢٠) زير فليه : المقال السابق . ص ٩ عمود ٢ حيث يقرر :

"Il s'agit, d'une garantie de prachèrement dest-inée à satisfaire aux resérves formulées lors de la réception et à remédier aux impérfections apparues aux cours de la première année"

حجج ثلاثة [٢١] :-

(١) أن المشرع لم يشر فى نص تقرير هذا الضمان (م ١٧٩٢ - ٦فقرة ٢) إلى أى فكرة عن الخطأ أو المسئولية ولا حتى المفترضة منها [٢٢]

(٢) لأن هذا الضمان باعتباره التزاما يندرج فى نطاق الالتزام التعاقدى المحدد ، أى الالتزام بنتيجة [٢٣] .

(٣) لأن القول بغير ذلك ، يجعل هذا الضمان غير ذى معنى [٢٤] ، ويفرغة من أى مضمون ، طالما سمح للمقاول بأن يناقش فى مدى منسوبية الخلال أو العيوب محل النزاع إليه [٢٥] .

ولذلك يقرر الفقه الفرنسى ، أن المشرع لم يتطلب من رب العمل لإعمال أحكام ضمان تمام الإنجاز ، سوى أن يعين الخلال أو العيوب التى توجد بالعقار المشيد ، سواء تلك التى كانت ظاهرة عند التسلم ، بالتحفظ بالنسبة لها فى محضر التسليم والتسلم ، أ و

=

كاريلا : الهامش السابق : حيث يقرر أيضا

"La quasi-unanimité de la doctrine estime à juste titre qu'il s'agit d'une garantie purement objective ...."

(٢١) انظر فى عرض هذه الحجج الثلاث ، كاريلا : الهامش السابق .

(٢٢) مالنفو وجستار : المرجع السابق . بند ١٢٣ ص ١٥١ .

(٢٣) مودرن : المقال السابق .M.T.P عدد ١٩٧٨/٧/٢٤ ص ٢٢ ،كوستا المقال السابق . ص ٤٣ عمود ٢ ،جودميه : مقاله بعنوان :

"La réception de l'ouvrage dans la loi réformant l'assurance construction" M.T.P. du 23 avril, 1979, P. 107.

(٢٤) بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٨٧ ص ١٧٨ .

(٢٥) بيجو : المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

تلك التى تظهر بعد ذلك ، وفى خلال السنة التالية للتسلم ، عن طريق إخطار المقاول بها كتابة بعد ظهورها [٢٦] ، فلم يتطلب منه إذن لإعمال أحكام هذا الضمان أن يثبت خطأ المقاول أو غيره من المعماريين بل أغناه عن هذا الإثبات بافتراض قرينة قانونية لاتقبل إثبات العكس على خطأ المعمارى الذى ظهرت الخلال أو العيوب فيما نفذه من عمل [٢٧] .

بعد هذا التعيين للخلال أو العيوب الموجودة بالعمل ، والذى قام به رب العمل طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر ، تعين على المقاول المعنى بالأمر أن يقوم بأعمال الاصلاح اللازمة لعلاج هذه الخلال أو العيوب التى تم تعيينها ولن يستطيع أن يتملص من الوفاء بالالتزام بهذا الضمان بإثباته عدم ارتكابه لخطأ ما من جانبه أو من جانب أحد تابعيه ، إذ القرينة التى أثقل المشرع بها كاهله لايكفيها هذا الإثبات سببا لنفيها ، وإنما إن أراد ذلك فما هو بمستطيعه ، إلا بإثبات السبب الأجنبى من قوة قاهرة ، أو خطأ الغير ، أو خطأ رب العمل نفسه باعتباره

---

(٢٦) كاستون : المقال السابق ، ص ٩٨ عمود ٢ : حيث يتساءل :

"La preuve du dommage est-elle suffisante pour ouvrir droit à réparation?" ثم يجيب على تساؤله "Dans le système de la loi du 4 janv. 1978, il semble que la seul preuve du dommage suffise"

كاريلا : المرجع السابق : فصل ٥ ص ٨ حيث يقرر :

"Le maître de l'ouvrage n'a donc pas à établir la faute de l'entrepreneur concerné ni l'imputabilité du désordre affectant la partie de l'ouvrage par celui-ci"

(٢٧) كوستا : المقال السابق ص ٤٣ عمود ٢ ، بيجو : المرجع السابق ص ١٦٣

مضـــرورا (٢٨) .

هذا هو ما عليه إجماع الشرح الفرنسيين ، على الرغم من أنهم يرونه على خلاف القياس عندهم ، ذلك أنهم يرون أن مقتضى قولهم : بأن المشرع الفرنسى إنما قرر بهذه الأحكام ضمانا موضوعيا إنما هو عدم استطاعة المقاول التخلص منه ، حتى ولو أثبت أن سببا أجنبيا قد أحدث هذه الخلال أو العيوب (٢٩) .

---

(٢٨) انظر رأيا فريدا فى الفقه الفرنسى يذهب إلى أن القرينة هنا قرينة بسيطة يستطيع المقاول دحضها بإثبات العكس أى بإثبات أنه إنما نفذ الأعمال تنفيذا جيدا . كاستون : المقال السابق . ص ٩٨ عمود ٢ ، المرجع السابق بند ١٩٣ ص ١٠٥ .

(٢٩) بوبلى : المرجع السابق : ص ٢٨٧ ص ١٧٨ . جالشيه : المقال السابق ، ص ٦٢ عمود ١ حيث يقرر :
"....d'autant plus que ce texte ne crée pas une présomption de responsabilité susceptible d'étre écartée par la preuve d'une cause étanger"

كاريلا : المرجع السابق . فصل G ص ٩ - ١٤ حيث يقرر :

"L'entrepreneur ne serait donc pas en principe autorisé à se dégager de son obligation de garantie en démontrant que le désordre est dû à un cas de force majeure .... La question se pose cependant, car comme on l a relevé, la loi n'oblige pas l' entrepreneur à tout evenement"

- المطلب الثالث -

تنفيذ أعمال الإصلاح

بعد أن يقوم رب العمل من جانبه - وبأحد الأسلوبين المنصوص عليهما بالفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر بتعيين أو تحديد الخلال أو العيوب الواجب أصلاحها عينا طبقا لأحكام هذا الضمان ، تعين على المقاول المعنى بالأمر - أى المقاول الذى ظهر الخلل أو العيب فى العمل أو الجزء من العمل الذى قام بتنفيذه - أن يقوم بإصلاح ما أخطره به رب العمل من خلال أو عيوب إصلاحا عينيا ، وهذا ماتقضى به الفقرة الثانية من المادة المذكورة

"La garantie de parfait achèvement, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage"

ولما كانت أعمال الإصلاح هذه تقتضى بالضرورة وقتامعينا يتم تنفيذها فيه ، ولما كان تقدير هذا الوقت يتم بالضرورة أيضا تبعا لجسامة هذه الأعمال كما ، وأهميتها كيفا ، لذا فإن المشرع الفرنسى قد ترك أمر تحديد هذا الوقت ، لإرادة الأطراف ، يحدده كل من رب العمل والمقاول المختص بهذه الأعمال عن طريق اتفاق يتم بالاشتراك فيما بينهما (٣٠) .

لكن المشرع الفرنسى لم يتطلب أن يتم هذا الاتفاق فى شكل معين ، أو بعد اتباع إجراءات معينة أو طبقا لأساليب خاصة ، أو أن يتم قضائيا ، بل ترك أمر كل ذلك لمحض إرادة الطرفين

---

(٣٠) بوبلى : المقال السابق ، بند ١٥ ص٥ ، جالشيه : المقال السابق ص٦٣ عمود ١ ، كوستا : المقال السابق ص٤٢

يقومان به طبقا لما تقضى به الظروف المحيطة بهما ، وطبقـا لما يريانه محققا لصالح كل منهما [٣١] . وهذا هو ماتقضى بـه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ١٧٩٢ ـ ٦ سالفة الذكر ، حيث تنص على أن " المدد اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح (المنصوص عليها بالفقرة السابقة) تحدد بمقتضى اتفاق مشترك يتم بواسطة رب العمل والمقاول المعنى بالأمـر [٣٢] " .

ومع ذلك فقد توقع المشرع الفرنسى ألا يتفق رب العمـل والمقاول المختص بأعمال الإصلاح على هذه المدد اللازمة لتنفيـذ تلك الأعمال ، أو أن يتم هذا الاتفاق بينهما ، إلا أن المقـاول لم يقم بالتنفيذ المطلوب فى خلال المدد التى تم الاتفاق عليها . وفى كلتا الحالتين ، فقد أعطى المشرع الفرنسى لرب العمل الحـق مباشرة فى القيام بالتنفيذ المطلوب بمعرفة مقاول آخر على نفقـة وتحت مسئولية المقاول المقصر . ولم يتطلب لذلك سوى شرط واحـد هو أن يصبح الإنذار الذى أرسله رب العمل للمقاول المختص بالتنفيذ المطلوب ، غير ذى مفعول ، بمعنى أن يتأكد إصرار ذلك المقـاول على عدم رغبته فىالقيام بأعمال الإصلاح المطلوبة ، سواء بمحضـر التسليم والتسلم ، أو بمقتضى إخطار لاحق من رب العمل بالنسبـة لتلك التى لم تظهر إلا بعد تمام تلك العمليـة [٣٣] .

وقد أعطى المشرع الفرنسى هذا الحق لرب العمل فى التنفيذ المباشر على نفقة المقاول المقصر وتحت مسئوليته بالفقرة الرابعـة من المادة ١٧٩٢ ـ ٦ المذكورة ، حيث أجراها على النحو التالى :

---

(٣١) أنظر المراجع المشار إليها بالهامش السابـق .

(٣٢) انظر فيما سبق نص الفقرة المذكورة هـ ١٢ صـ ٨٧٤ .

(٣٣) مالنفو وجستاز : المقال السابق . بند ١٧ ، بوبلى : المقـال السابق ، بند ١٥ صـ ٥ ، جروسلبيير : المقال السابق " بنـد ١٧ ـ ٢١ .

" فى حالة عدم وجود هذا الاتفاق ، أو فى حالة عدم التنفيذ فى المدة المحددة ، فإن الأعمال يمكن أن تنفذ بمعرفة مقاول آخر على نفقة وتحت مسئولية المقاول المقصر ، وذلك بعد أن يصبح الإنذار الذى وجه إليه من قبل رب العمل غير ذى مفعول (٣٤)".

يتضح من نص هذه الفقرة أن المشرع الفرنسى لم يتطلب مدة معينة يجب أن يتم فيها الإنذار المذكور ، ولا بعدها من تاريخه يعتبر قد أصبح غير ذى مفعول ، بحيث يحق لرب العمل أن يبدأ فى التنفيذ على نفقة المقاول المقصر وتحت مسئوليته . كذلك لم ينص على شكل معين يجب أن يصب فيه الإنذار ، أو الطريق الواجب اتباعه فى توصيله للمقاول المعنى بالأمر ، بل ترك كل ذلك لمحض تقدير رب العمل وحده يجريه طبقا لظروف الحال ، ومايتفق وتحقيق

---

(٣٤)
"En l'absence d'un tel accord ou en cas d'inexecution dans le délai fixé, les travaux peuvent, après mise en démeur restée infructuese, étre exécutés aux frais et risques de l'entrepreneur defaillant"

وهذه الفقرة تقنين لما كانت تقضى به قواعد أنفور :

Norme AFNOR P. 03,001 (de 1948) prevoyant que : "Si les travaux nécessaires à la refection des désordres survenus pendant l'année de la garantie n'ont pas été exécutés par l'entrepreneur , le maître de l'ouvrage aura le droit d'y faire procéder par tous ouvriers de son choix oux frias et risques et pour le compte de l'entrepreneur défaillant, le coût desdits travaux étant prélevé sur les sommes dont le maître de l'ouvrage serait encore redevable à l"entrepreneur, une compensation s'opérant de plein droit"

مصالحه [(٣٥)] . وكل ماتطلبه منه ألا يبدأ فى التنفيذ المباشر إلا بعد أن يصبح هذا الإنذار خالى المفعول ، حيث بذلك يكون قد كشف عن عزم المقاول المعنى بالأمر وتصميمه على عدم رغبته فى التنفيذ .

كذلك يتضح من النص أيضا أن هذا الاتفاق على تحديد المدد اللازمة للتنفيذ يمكن أن يتم قضائيا ، وأن يتحدد الوقت الملازم لتنفيذ عمليات الإصلاح بمعرفة المحكمة المختصة ، إذا رغب الأطراف فى إتمام هذا الاتفاق وتحديد الوقت اللازم للتنفيذ بمعرفتها ، أما إذا لم يتفق الأطراف على ذلك ، فليس من إلزام عليهما به [(٣٦)] .

---

(٣٥) وينتقد الفقه الفرنسى هذا الموقف من جانب المشرع ، خشية أن يحيف رب العمل فى سلوكه على المقاول ويتعسف فى استعمال هذه السلطات ، إذ أن من شأن ذلك أن يكون مصدرا لكثير من المنازعات مالنفو وجيتار : المقال السابق ، بند ١٨ حيث يمثل الفقيهان الكبيران :

"Si, par exemple, le maître de l'ouvrage agit précipitament, l'entrepreneur ne manquera pas de faire plaider qu'il n'était pas défaillant au sens de l'art. 1792-6ali 4, et que par conséquent le système de l'exécution aux frait de défaillant ne pouvait s'appliquer à lui"

وأنظر فى نفس المعنى : كوستا : المقال السابق . ص٤٣ عمود ١ ، جروسلبير : المقال السابق بند ١٧ ص٢٢ ومابعدها . بوبلى: المقال السابق بند ١٤ ، ١٥ ص٥ ،زير فليه : المقال السابق ص١٠ عمود ١ .

(٣٦) مالنفو وجستار : المقال السابق بند ١٧ ، زير فليه : الهامش السابق ، كاريلا : المرجع السابق . فصل G ص١٠ .

كذلك ، إذا كان المجرى العادى للأمور يقتضى أن يكون هذا الاتفاق تاليا على ظهور الخلال أو العيوب ، حتى يراعى فى تقدير المدد اللازمة لإصلاحها مقدرا جسامتها كماً وكيفا ، إلا أنه ليس هناك مايمنع أن يحدث الاتفاق على تلك المدد مقدما لاسيما بالنسبة لتلك لخلال أو العيوب التى يكثر حدوثها ، وتكون المدد اللازمة لإصلاحها شبه متعارف عليها (٣٧) .

كما يمكن للأطراف أن يحيلوا فى ذلك إلى كراسات الشروط النموذجية المعروفة بقواعد (A . F . N . O . R . P. 03,001 et P. 03011) سالفة الذكر ، والمعمول بها فى نطاق القانون الخاص والتى تنص على مدة تسعين يوما لتنفيذ الأعمال المتحفظ بشأنها فى محضر التسليم والتسلم ، وذلك - كقاعدة من تاريخ المحضر المذكور ، ومدة ستين يوما من تاريخ الإنذار بالنسبة لتنفيذ الأعمال التى يخطر بها فى خلال السنة التالية للتسلم (٣٨) .

كذلك ، لم يتطلب النص من رب العمل أن يلجأ إلى القضاء للحصول على ترخيص سبق منه بمباشرة التنفيذ على نفقة المقاول المقصر وتحت مسئوليته ، كما تقضى بذلك القواعد العامة فى هذا الخصوص (٣٩) ، وذلك فيما عدا حالة الاستعجال ، وإنما ترك له

---

(٣٧) مالنفو وجستار : الهامش السابق ، كاريلا : الهامش السابق ، جالشيه : المقال السابق ص٦٣ عمود ١ .

(٣٨) مالنفو وجستار : الهامش السابق ، وبالإضافة إلى باقى المراجع المشار إليها فى الهامش السابق انظر كاستون : المقال السابق ص٩٨ عمود ١ .

(٣٩) انظر المادة ١١٤٤ مدنى فرنسى حيث تجرى على النحو التالى :

"Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur."

وحده سلطة تقدير وتقرير مباشرة هذا التنفيذ (٤٠) .

وإذا كان مما يحسب لهذا المسلك من جانب المشرع الفرنسى أنه يحث المقاول المعنى بالأمر على سرعة التنفيذ ، وعدم التباطؤ فيه ، واحترام المواعيد المتفق عليها (٤١) ، إلا أنه مما يؤخذ عليه أن يجعل المقاول تحت رحمة رب العمل ، مما حدا ببعض الفقه الفرنسى ، أن يقرر بأن مشرعه قد منح رب العمل سلطة تنصيب نفسه قاضيا يقيم العدالة لنفسه (٤٢) .

وإذا كان الفقه الفرنسى ينعى على مشرعه منحه كل هذه السلطات لرب العمل ضد المقاول المعنى بالأمر ، إلا أننا نرى أن هذا متفق تماما مع السياسة التشريعية للمشرع الفرنسى ، فى رغبته

---

(٤٠) كوستا : المقال السابق ، ص٤٣ عمود ١ حيث يقرر :

"Il est donc derogé, par cette disposition , au principe de l'art. 1144 C. civ. qui exige, en cas d'exécution par le créancier l'intervention du guje"

وانظر فى نفس المعنى : مالنفو وجستاز : المقال السابق ، بند١٨، بوبلى : بند ١٥ ص٥ .

(٤١) كاستون : المقال السابق ص٩٨ عمود ١ ،كوستا : المقال السابق ، ص٤٣ عمود ١ حيث يقرر

"Certes une telle eventualité incitera.... l'entrepreneur concerné à accepter de fixer un délai et à le respecter"

(٤٢) مالنفو وجستاز : المقال السابق : بند ١٧ حيث يقرر الفقيهان :

"En bref, la loi met l'enterpreneur à la merci de l'humeur du maîter de l'ouvrage"

كما يقرر الفقيهان فى البند ١٨ من ذات المقال

"Ici le maître de l'ouvrage peut donc se faire justice à soi-même"

وفى نفس المعنى : حروسلبير : المقال السابق ، بند ١٧ ص٢١ ومابعدها : كاستون :الهامش السابق ، كوستا :الهامش السابق .

فى منح حماية حقيقية وفعالة لرب العمل ضد رجال الفن على اختلاف فئاتهم . ولكن يجب أن يكون فى الحسبان ، أن رب العمل فى استعماله لسلطاته هذه ليس مطلقا فيها ، خليا من كل قيد ، بعيدا عن كل رقابة ، وإنما يخضع - فى تقديرنا - للرقابة اللاحقة للقضاء (٤٣) ، يباشرها عليه بناء على طلب المقاول ، باعتباره مضرورا من تجاوز رب العمل لسلطاته ، أو تعسفه فى استعمالها ، ومستعينا فى ذلك بشروط العقد ، وعرف المهنة ، وماتواضع عليه العمل ، وأخيرا بما تمليه القواعد العامة فى هذا الخصوص (٤٤).

- المطلب الرابع -

إثبات تمام تنفيذ أعمال الإصلاح

مع افتراض أن الطرفين قد تجنبا كل هذه المشاكل ، وأن كلا منهما كان فطنا وحصيفا وحسن النية ، وأنهما قد اتفقا فيما بينهما على المدد اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح ، وأن التنفيذ قد تم فى ذات المدد المتفق عليها دون تأخر من المقاول المختص . فكيف يتم إثبات أن هذا التنفيذ قد تم على الوجه المرضى ، الذى يزيل كل أسباب الشكوى أو التقاضى ؟

تقضى الفقرة الخامسة من المادة ١٧٩٢ - ٦ سالفة الذكر بأن " تنفيذ أعمال الإصلاح الذى يتم طبقا لأحكام ضمان تمام الإنجاز

---

(٤٣) بعد أن كان يخضع للرقابة المسبقة طبقا للقواعد العامة فى هذا الخصوص التى تقضى بضرورة حصوله على ترخيص سبق من القضاء - فى غير حالة الاستعجال - للتنفيذ بموجبه على نفقة المدين .

(٤٤) انظر ماسبق أن أوردناه للأستاذين مالنفو وجستار : هامش ٣٥ ١٠٨٦ .

يثبت إما بمقتضى اتفاق ودى بين الأطراف ، وإما - عند عدم توافر ذلك - قضائيـــا [٤٥] .

ومقتضى ظاهر هذا النص ، أن المشرع الفرنسى حدد للتحقق من أن تنفيذ أعمال الإصلاح ، المقتضى طبقا لأحكام ضمان تمام الإنجاز، قد تم على الوجه المرضى ، أحد سبيليـــن :

(١) إما أن يثبت ذلك بمقتضى اتفاق ودى يتم بين رب العمـــل والمقاول الذى قام بتنفيذ تلك الأعمـال .

(٢) أما اذا لم يتحقق هذا السبيل الودى ، بأن يكون قد وقع خلاف فيما بينهما لأى سبب كان ، فقد أوجد المشرع البديل لذلـك ، وهو حمل الأمر إلى ساحة القضاء ليقول فيه كلمته ، ويتحقـق بذلك الإثبات قضائيا .

ولما كان الأمر لايعدو فى النهاية أن يكون تسلما لأعمـال الإصلاح ، التى أتمت ، والتى قام بها المقاول المعنى بها ، طبقـا لأحكام ضمان تمام الإنجاز ، شأنه تماما شأن التسلم الذى يتم فـى البداية ، عند تمام إنجاز الأعمال فى مجموعها ، لذلك فإن المشرع الفرنسى قد نص على اتباع ذات الأسلوب الذى كان قد نص عليه فـى الفقرة الأولى من المادة ١٧٩٢ - ٦ الخاصة بالتسلم[٤٦] . وهـو أن يكون الإثبات فى كلا الحالين إما وديا ، وإما قضائيا ، لذلـك فمنعا للتكرار ، وتجنبا للإطالة ، نحيل فى إثبات تنفيذ أعمـال

---

(٤٥) "L'exécution des travaux exigés au titre de la parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou à défaut, judiciairement"

(٤٦) أنظر فى المعنى : سويلى : المرجع السابق : بند ٢٨٦ ص ١٧٧ . كوستا : المقال السابق ص ٤٣ . عمود ١ . كاريلا : المرجع السابق فصل C ص ١٠ .

الإصلاح طبقا لأحكام هذا الضمان ، إلى ماسبقت دراسته فى هـذا الخصوص بالنسبة للتسلم بوجه عـام [٤٧] .

- المطلب الخامس -

مدى تعلق أحكام ضمان تمام الإنجاز بالنظام العام

لما كانت المادة ١٧٩٢ - ٥ ، مستحدثة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ سالف الذكر ، التى اختصت بالنص على إخضاع أحكام كل من الضمانين العشرى والثنائى للنظام العام ، لم تشر فيما أشارت إليه من مواد إلى المادة ١٧٩٢ - ٦ بفقراتها المتعددة .، فـإن السؤال الذى يطرح نفسه على بساط البحث - والذى لاتخفى أهمية الإجابة عليه سواء بالنفى أو الإثبات [٤٨] - هو : هل تعتبر الأحكام الواردة بالمادة المذكورة (فقرات من ٢ : ٦) الخاصة بضمان تمام الإنجاز [٤٩] من النظام العام أم لا ؟

اختلف الفقه الفرنسى فى الإجابة على هذا التساؤل ، أو بعبارة أخرى ، حول مدى خضوع أحكام ضمان تمام الإنجاز للنظام العام بين منكر ومؤيد ، ولكل حججه وأسانيده :
فقد ذهب فريق إلى أن أحكام ضمان تمام الإنجاز لاتخضع للنظام العام [٥٠] . مستندا فى ذلك إلى أن المشرع الفرنسى قد أبان

(٤٧) انظر فيما سبق من صـ ٢٥١ : صـ ٢٥٩ .
(٤٨) انظر فى بيان هذه الأهمية . صـ ١٩٤ فيما سبق .
(٤٩) انظر فيما يتعلق بمدى خضوع التسلم ، المنصوص عليه بالفقرة الأولى من ذات المادة ، للنظام العام من صـ ١٩٤ : صـ ٢٠٠ فيما سبق
(٥٠) كاستون : المقال السابق ، صـ ٩٨ ، روسيل : § A41 ، § A45 مودرن : المقال السابق MTP عدد ١٩٧٨/٧/٢٤ صـ ٢٢ عمود ٢ ،هـ ٧٨ ، بوبلى : المرجع السابق . بند ٢٩٨ صـ ١٨٦ ،المقال السابق ، بند ١٨ صـ ١٦ ، كيلمونت : المرجع السابق ، صـ ٢٢ .

فى المادة ١٧٩٢ - ٥ ، سالفة الذكر عن رغبته فيما يريد إخضاعه للنظام العام من أحكام هذه المسئولية الخاصة ، ولم يشر بهذه المادة إلى المادة ١٧٩٢ - ٦ ، وحيث أن السكوت فى معرض الحاجة بيان ، فإ ن المشرع الفرنسى يكون بسكوته هذا قد أبان عن قصده فى عدم إخضاع أحكام ضمان تمام الإنجاز للنظام العام .

فى حين ذهب فريق آخر (٥١) - على العكس تماما من سابقه - إلى القول بخضوع أحكام ضمان تمام الإنجاز للنظام العام ، وهو مانراه أولى بالتأييد ، ويستند هذا الفريق فيما يقول به إلى حجج ثلاث (٥٢) :

أولاها : حجة نصية : قوامها أن المشرع الفرنسى نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٢ - ٦ على أن " ضمان تمام الإنجاز الذى يلتزم به المقاول خلال سنة اعتبارا من تاريخ التسلم "

"La garantie de parfait achèvement à laquelle l'entrepreneur est tenu.."

فمقتضى استعمال المشرع لعبارة " يكون ملتزما "et tenu" هو إخضاع هذه الأحكام التى يلتزم المقاول بالخضوع لها للنظام العام ، وإلالكان المشرع الفرنسى قد استعمل عبارة أخرى غير هذه ، تفيد معنى الاختيار ، لا الإلزام والإجبار (٥٣) .

ثانيتها :قوامها الأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٨ : تخلص فى الإجابة التى قدمها وزير الاقتصاد الفرنسى ، ردا على سؤال تقدم به أحد أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسى فى هذا

---

(٥١) مالنفو وجستاز : المرجع السابق ، بند ١٣١ ص ١٥٧ ، بيجو :المرجع السابق ، ص ١٥٤ ومابعدها ، كاريلا : المرجع السابق فصل G ص ١٦ ، مالنفو ويوبلى : R.T.D.I. ١٩٨٠ ص ٦٤ .

(٥٢) قرب إلى ذلك ماقيل من حجج بالنسبة لخضوع أحكام التسلم للنظام العام من ص ٣٠٩ : ص ٣١٣ فيما سبق .

(٥٣) بيجو : المرجع السابق ، ص ١٥٤ ، كاريلا : المرجع السابق فصل G ص ١٦ .

الخصوص ، حيث يستفاد من هذه الإجابة إخضاع هذه الأحكام للنظام العام (٥٤) .

أما الحجة الثالثة والأخيرة : فقوامها الاستناد إلى قصد المشرع وغايته من هذا الإصلاح التشريعى الشامل لأحكام هذه المسئولية الخاصة بالقانون رقم ١٢ لسنة ٨١٦١ ، أو بعبارة أخرى إلى روح التشريع والهدف المراد تحقيقه من ورائه . وليس هناك خلاف فى أن المشرع الفرنسى قصد من تقريره لهذه الأحكام إسباغ حماية قانونية فعالة ومؤثرة على رب العمل فى مواجهة المعماريين للاعتبارات التى سبق إبداؤها فى أكثر من موضع ، ولاشك أن عدم إضفاء طابع النظام العام على هذه الأحكام من شأنه أن يذهب بقصد المشرع ويفوت الحماية القانونية التى سعى جاهدا إلى تحقيقها حفظا للصالحين من عام وخاص (٥٥) .

---

(٥٤) "Rép. min. eco. (J.O.D.S. 30 oct. 1979) "Si le législateur ne s'est pas prononcé expressement sur le caractere d'ordre public de l'art. 1792-6 du C. Civ., il apparait cependent que celles des ses dispositions relatives à la garantie de profait achèvement qui en fixent le principe"

(٥٥) انظر فى نفس المعنى : مازو وجيجلار : المرجع السابق بند ١٣٦٥ - ٤ ص ٧٩٧ فى آخره . وإن كان يقرر فى هامش ٩ بذات الصفحة بأن هذه الحماية المقررة بأحكام هذا الضمان ليست بذى بال ، لأن الأضرار التى على جانب من الأهمية تقررت لضمانها المسئولية العشرية والضمان الثنائى -

- المطلب السادس -

ضمان تمام الإنجاز والأشغال العامة

سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الفرنسى كان قد استوحى أحكام ضمان تمام الإنجاز من التطبيق العملى الذى كان ساريا، سواء على ساحة القانون الخاص، أو على ساحة القانون العام . ومعنى هذا أن التطبيق العملى الذى كان يجرى على ساحة القانون العام يتضمن أحكاما مشابهة لأحكام ضمان تمام الإنجاز (٥٦) .

ولذلك يقرر فقه القانون العام (٥٧) فى فرنسا ، أن الصفقة إذا كانت تحيل إلى كراسة الشروط النموذجية التى تطبق فى نطاق القانون العام (C.C.A.G) (٥٨) فلا صعوبة فى الأمر، حيث تطبق أحكام هذه الوثيقة ، إعمالا لإرادة المتعاقدين ، ولا يكون هناك مجال للكلام عن تطبيق أحكام المادة ١٧٩٢ - ٦ فى فقراتها من الثانية إلى السادسة التى تتعلق بضمان تمام الإنجاز . أما إذا لم يحل العقد إلى تلك الوثيقة فهنا يثور التساؤل : هل يستوحى القضاء الإدارى أحكام ضمان تمام الإنجاز هذا ليطبقه على مايعرض عليه من أقضيته فى هذا الخصوص ، كما يستوحى مبادىء أحكام الضمان

= "A la vérité cette protection particulière n'est portée considérable puisque pour les dommages d'une certain importance la garantie décennale ou biennale préservera les intérêts du maître"

لكن يجب ألا ننسى أن أحكام ضمان تمام الإنجاز تسرى أيضا على هذه الأضرار الهامة إذا ماتكشفت خلال السنة الأولى بعد تاريخ التسلم . انظر ماسبق بيانه فى ص١٠٥٩ وما بعدها وانظر فى القول بخضوع هذه الأحكام للنظام العام من الفقه المصرى ، شكرى سرور: المرجع السابق بند ١٥٥ ص١٧٨ .

(٥٦) انظر فيما سبق ص١٠٢٠ وما بعدها ، والهوامش من رقم ١ إلى ١٠ بتلك الصفحات

(٥٧) انظر على سبيل المثال مودرن : المقال السابق، منشور فى M.T.P. عدد ١٩٧٨/٧/٢٤ ص٢٢ .

(٥٨) فى آخر طبعاتها سنة ١٩٧٦ .

أو المسئولية العشرية كما سبق أن رأينا [٥٩] ؟

يجيب مودرن على ذلك بأنه ليس مؤكدا أن يسلك مجلس الدولة الفرنسى هذا المسلك حيث أنه يعتبر نفسه بهذا المسلك .. إن اتبعه – قد خرج عن أحكام المسئولية العشرية التى قصر نفسه على استلهام مبادئها فقط دون غيرها [٦٠] .

وعلى أية حال فإن فقه القانون العام الفرنسى فى مجموعه لايرى هناك مايمنع أن يستوحى مجلس الدولة الفرنسى أحكام ضمان تمام الإنجاز ، ليطبقها فيما يعرض عليه من أقضية فى هذا الخصوص بل ويتمنى هذا الفقه من مجلس الدولة أن يجنح إلى هذا التطبيق لما فى هذه الأحكام – كما يراها هذا الفقه – من حماية حقيقية وفعالة لرب العمل أيا كان ، شخصا عاما أم خاصا [٦١] .

---

(٥٩) انظر فيما سبق ص ١٠٢٣ وهامش ١٠ بها .

(٦٠) مودرن: المقال السابق ، منشور فى M.T.P عدد ١٩٧٨/٧/٢٤ ص ٢٢
وانظر فى نفس المعنى : كاستون : المرجع السابق . بند ١٩٦ ص ١٠٦
وكاريلا : المرجع السابق ، فصل G ص ١٦

(٦١) مودرن : الهامش السابق حيث يقرر :
"Mais l'article 1792-6-nouveau permet d'assurer dans le silence du contrat, une protection réalle du maître de l'ouvrage et il serait souhaitable à motre sens que les collectivites publiques puissent en bénéficier"

وانظر فى نفس المعنى كاستون : الهامش السابق ، كاريلا : الهامش السابق .

" الفرع الثالث "

تقديرنا لضمان تمام الإنجاز ، ومدى حاجتنا في مصر لتقرير مثله

نعالج هذا الفرع في مطلبين مستقلين : نودع أولهما تقديرنا لضمان تمام الإنجاز ، ونعرض في الثانية منهما لبيان مدى حاجتنا في مصر لتقرير مثل هذا الضمان .

المطلب الأول : تقديرنا لضمان تمام الإنجاز

رأينا فيما سبق ، كيف أن المشرع الفرنسي - وعلى غير عادة منه - قد سكت عن التصريح ببيان الأعمال التي تشكل محل ورود أحكام هذا الضمان ، فلم يذكر صراحة - وعلى عكس ما فعله بالنسبة للضمانين السابقين - عملا أو أعمالا معينة ترد عليها هذه الأحكام إذا ما شابها عيب ، أو لحقت بها شائبة . وبينا كيف أن المشرع الفرنسي قصد من سكوته هذا أن ينصب هذا الضمان على كل عمل عقاري تنشئه يد الإنسان ، لا فرق في ذلك بين عقار وآخر مهما اختلفت الأشكال ، وتباينت الأغراض ، بل وحتى في داخل العمل العقاري الواحد ، لا فرق بين عنصر وآخر ، أو بين جزء وجزء . وهكذا أراد المشرع الفرنسي أن يجعل من هذا الضمان المظلة الواقية لكل عمل عقاري ، كبر هذا العمل أم صغر .

كذلك ، رأينا فيما سبق (في النبذة الثانية من ذات المطلب) أيضا ، كيف أن المشرع الفرنسي أراد أن يؤكد هنا بالتصريح ما كان قد اكتفى فيه هناك بالتلميح من أن ضمان تمام الإنجاز ، هذا الذي استوحاه مما تواضع عليه العمل ، يجب أن يغطي جميع الخلال أو الأضرار التي تشوب العقار المشيد ، أيا ما كانت درجة هذه الخلال أو الأضرار من الخطورة على هذا العقار في مجموعة أو على جزء من أجزائه ، أو على عنصر أو أكثر من عناصر التكوين فيه ، أو التجهيز به ، وكأن المشرع الفرنسي أراد أن يجعل من هذا

الضمان بلسما لكل داء عقارى فى خلال السنة الأولى اعتبارا من تاريخ التسلم .

وهكذا أصبح الآن واضحا تماما ، أن المشرع الفرنسى أراد بتقريره تشريعيا لهذا الضمان الموضوعى ، وما أضفاه عليه من العموم والشمول محلا وسببا ، أن ينشئ لهذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول ، وغيرهما من المعماريين ، نظاما متكاملا مترابطا ، تتصل حلقاته ، وتتضافر نصوصه وأحكامه ، بحيث تحقق فى مجموعها حماية حقيقية وفعالة لرب العمل ، تجعله فى مأمن من كيد أرباب المهن وألاعيبهم ، بل ومن إهمالهم وعدم اكتراثهم بما هو منوط بهم أداؤه ، وموكل إليهم تنفيذه .

وإن كان هناك من يعيب التداخل بين نطاق تطبيق أحكام ضمان تمام الإنجاز ونطاق تطبيق أحكام كل من الضمانين الآخرين (العشرى وكفاءة الأداء) إلا أننا نرى أن هذا التداخل ليس مطلقا بل هو تداخل محدود بحد زمنى معين هو مدة هذا الضمان ، كما وأنه سوف لاتترتب عليه آثار ذات بال ، ذلك أنه سبق أن انتهينا إلى أن رب العمل بالخيار فى حالة قيام سبب دعوى الضمان العشرى أو ضمان كفاءة الأداء ، فى خلال السنة الأولى بعد التسلم ، فى أن يسلك سبيل دعوى أى من هذين الضمانين أو دعوى ضمان تمام الإنجاز ، طبقا لما يراه محققا لمصلحته . وعلى ذلك فسوف لايترتب على هذا التداخل محل النقد ، إهدار حق ، أو نقصان فى مدة ضمان .

المطلب الثانى : مدى حاجتنا لتقرير مثل هذا الضمان فى مصر

رأينا أنه بتقرير هذا الضمان تكاملت حلقات أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمعماريين وتضافرت فى سبيل تحقيق حماية سريعة وفعالة لرب العمل ، ضد عمد هؤلاء أو إهمالهم ،وكذا تحقيق أكبر قدر ممكن من الطمأنينة والأمان فى ربوع المجتمع بحيث يصير الفرد فيه آمنا على نفسه وعياله وماله ، فتصان بذلك المصلحة من عامة وخاصة .

إذا كان تكامل حلقات أحكام هذه المسئولية الخاصة ، وإحكام الرقابة على المعماريين هو ماحدا بالمشرع الفرنسى إلى تقرير مثل هذا الضمان الموضوعى الشامل ، لكل ماظهر أو يظهر فى العقار المشيد من خلال ، خلال السنة الأولى التالية للتسلم. فإن هذه الدوافع بذاتها لتقوم عندنا فى مصر ، فما أحوجنا إلى تكامل حلقات أحكام هذه المسئولية ، وما أشد حاجتنا إلى إحكام الرقابة على المعماريين هنا .

وعلى ذلك فإن تقرير مثل هذا الضمان عندنا فى مصر ، أمر تقوم دواعيه ومبرراته ، تماما كما قامت لدى المشرع الفرنسى ، ليكون بمثابة العلاج الشامل والسريع لكل مايظهر بالعقار المشيد من خلال ، طيلة السنة التالية على تاريخ التسلم ، فيضمن بذلك رب العمل حماية حقيقية وفعالة ، يتحقق فيها قصد المشرع ، ذلك أننا رأينا أن الحماية المقررة حاليا لرب العمل قاصرة على حالة التهدم الكلى أو الجزئى للعقار المشيد ، (م ١/٦٥١ مدنى) أوظهور عيب به يهدد متانته وسلامته (م ٦٥١ - ٢ مدنى) أما تقرير مثل هذا الضمان فسوف يكون من شأنه أن يبسط هذه الحماية القانونية بحيث تشمل - كما سبق القول - كل ماظهر أو يظهر من خلال بالعقار المشيد ، أيا كان نوعه ، وأينما كانت هذه الخلال ، وأيا ما كانت درجتها من الخطورة ، جسامة وبساطة ، متى كان قد تم تعيينها للمقاول المعنى بالأمر من قبل رب العمل فى محضر التسليم والتسلم أو كتابة فى خلال السنة التالية عليه إذا كانت تلك الخلال خفية عند التسلم .

الخَاتمة

الخاتمة

سبق أن أشرنا فى أكثر من موضع ، فى ثنايا دراستنا هذه [1] ، إلى أن القانون المصرى قد وفق بهذه المسئولية الخاصة عند حد الضمان العشرى ، متطلبا لسريانه ـ كما رأينا ـ قدرا معينا من الخطورة فى العيوب أو الأضرار التى تلحق البناء ، أو غيره من المنشآت الثابتة الأخرى ، وأشرنا أيضا إلى أنه كان ، حين وضعه ، أكثر تقدما واستجابة لمتطلبات عصره من القانون الفرنسى ذاته ، الذى لم يلحقه ، فى خصوص أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى ومقاول البناء ، أى تعديل منذ وضع مدونة نابليون سنة ١٨٠٤ ، فى حين أستفاد المشرع المصرى ، عند وضعه للقانون المدنى الجديد ، من شروح الفقهاء الفرنسيين ، وما أستقرت عليه أحكام المحاكم هناك ، فأتى تشريعه ، كما قلنا ، أكثر تقدما وأشد تمشيا مع مقتضيات العصر ، فى ذلك الوقت ، ومتطلباته .

والآن وقد مضى على وضع قانوننا المدنى الجديد ما يناهز الخمسين عاما من الزمان ، ليست كسوابقها من الأعوام ، إذ زخرت بالتقدم العلمى " والتكنولوجى " وخطا فيها فن المعمار فراسخ وأميالا ، لم يبلغها فى المئات من السنين الخوالى ، استجابة منه لمتطلبات العصر ، وتمشيا مع مقتضيات الحياة الحديثة ، مما دعا المشرع الفرنسى إلى التدخل فى أحكام هذه المسئولية الخاصة ، بالتعديل تارة ، وبالإصلاح تارة أخرى ، فى حين رغب مشرعنا ، رغم كل هذه المتغيرات حوله ـ بما لديه من نصوص تنظم أحكام هذه المسئولية الخاصة بالمهندس المعمارى والمقاول ، فلم يشأ منها فكاكا ، ولم يرد لها تغييرا ولا تبديلا .

ولاشك أن الدوافع والاعتبارات التى حدت بالمشرع الفرنسى إلى التدخل فى أحكام هذه المسئولية ، على مرتين متتاليتين

---

(١) انظر ، فيما سبق ، على سبيل المثال : ص ١١ ، ص ١٠٩١ .

ومتقاربتين - إذ لم يفصل بينهما فاصل زمنى ذو بال - ليست قاصرة على المجتمع الفرنسى وحده ، بل هى نتاج تطور عم الساحة الدولية جميعها ، وثمرة تقدم شمل - وإن اختلف فى الدرجة - المجتمع البشرى بأسره ، بكل ماله من مميزات ، وما عليه من مآخذ ، وسواء كانت هذه الدوافع وتلك الاعتبارات مادية أو معنوية ، فكما تشاهدها على ساحة مايسمى بالمجتمعات المتقدمة ، تلمسها أيضا فى ثنايا مايطلق عليه بالدول النامية ، أو دول العالم الثالث .

وعلى ذلك ، فما أحوج مجتمعنا إلى تدخل مشرعه فى نطاق أحكام هذه المسئولية الخاصة ، ليعيد تنظيمها ، ويجدد شباب نصوصها وأحكامها ، بما يتمشى ومقتضيات العصر ، ويتجاوب مع الحياة المعاصرة ، ويوجد فى جنباتها ذلك النوع من التدرج المحمود بين أحكامها ، بما يتفق وتدرج الخطورة التى توصف بها العيوب ، أو الأضرار التى يمكن أن تلحق رب العمل ، عمداً من المعماريين، أو إهمالا ، على أن يكون لكل مجاله ، وينحصر كل فى نطاق تطبيقه دون تضارب فى أحكام ، أو تداخل بين نطاق ونطاق .

هذا عن دعوتنا إلى التدخل التشريعى فى أحكام هذه المسئولية الخاصة ، أما عن مقترحاتنا ، التى نأمل لها أن تكون تحت بصر مشرعنا عند تدخله لتعديل أحكام هذه المسئولية ، فنوجزها هنا مع الإحالة بكل منها إلى مكانه من الدراسة حتى يتم الاطلاع عليه بين أكناف دواعيه ، وفى ضوء مبررات اقتراحه .

(١) تعديل نص الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى ، بما يذهب والفجوة التى أوجدها التطور المتلاحق فى هذا المجال ، بين القانون والواقع العملى ، وذلك بالنص صراحة على إخضاع كل المهندسين والفنيين الذين أسفر التطبيق المعاصر عن مشاركتهم فى عملية التشييد والبناء ، لأحكام هذه المسئولية الخاصة (٢)م .

---

(٢) أى فى ظلال دواعيه ، فالكنف هو الجانب والظل والناحية . انظر القاموس المحيط جـ ٣ ص ١٩٨ " فصل الكاف باب الفاء " .

(٢م) انظر ، فيما سبق ، من ص ٩١٢ : ص ٤١٩ .

(٢) لقد آن الآوان لتنظم مهنة المقاول المعماري تنظيما عمليا وقانونيا ، أسوة بمهنة المهندس المعماري . بحيث يتم توصيف المقاولين حسب تخصصاتهم ، وأهمية الأعمال التي يباشرونها كما وكيفا ، وبذلك تنظم كيفية مسيرة هذه المهنة ، والتأمين من مسئولياتها ، وتسهل عملية مراقبتها ، وذلك حتى لايكون مجرد توافر رأس المال - كما يقول الأستاذ الدكتور / محمد شكرى سرور - هو المؤهل الوحيد لارتياد هذا المجال الخطير(٣).

(٣) كذلك ، آن الآوان لإيجاد نوع من الرقابة الفنية ، يتم بمقتضاها مراجعة كل مايتعلق بعملية التشييد والبناء ، بدءا بسبر التربة المزمع إقامة البناء أو المنشأ الثابت الآخر عليها ، مرورا بمراجعة التصميمات والمقايسات والحسابات المختلفة ، سواء ماتعلق منها بالأحمال أو التركيبات المختلفة ، وفحص المواد المقدمة للتنفيذ بها ، ومتابعة أسلوب التنفيذ أولا بأول ، وهكذا ، حتى يتم إنجاز العمل المطلوب ، وبذلك يمكن تدارك الخطأ فور وقوعه ، وقبل تفاقم آثاره .

ولابأس في أن تتولى وزارة الإسكان والمرافق تنظيم هذا النوع من الرقابة الفنية ، طبقا لما تراه محققا لغرضه ، موصلا للمقصود منه ، كذلك ، لابأس ، أيضا في أن ينظم ، بالأداة التشريعية المناسبة ، إنشاء مكاتب خاصة لهذه الرقابة - على نسق المكاتب الاستشارية - تتولى القيام بها بناء على طلب صاحب المصلحة في ذلك ، وتكون مسئولة - في حدود مايوكل إليها من مهام - طبقا لأحكام هذه المسئولية الخاصة .

(٤) النص صراحة على إخضاع المقاول من الباطن - سواء في العلاقة فيما بينه وبين رب العمل ، أو فيما بينه وبين المقاول الأصلي - لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، تحقيقا للدوافع ، وإعمالا للاعتبارات التي سقناها في مكانها من الدراسة(٥) .

---

(٣) انظر : محمد شكرى سرور، المرجع السابق . ص٤٨٣ بند ٢ من الخاتمة وانظر فيما سبق من ص٤٢٠ : ص٤٢٦.

(٤) انظر ، فيما سبق ، من ص٤٧٠ : ص٤٨٩ .

(٥) انظر فيما سبق ، من ص٤٤٢ ،وكذا ص٥٧٩ ومابعدها .

(٥) كذلك ، نرى أنه صار من الضرورى الآن ، أن يخضع المشرع المصرى وبالنص الصريح ، لأحكام هذه المسئولية الخاصة ، كل معمارى مهندسا كان أم مقاولا - يمتهن تشييد الأبنية وبيعها ، سواء بيع البناء تحت التشييد أو بعد تمام إنجازه ، وسواء وقع البيع عليه فى مجموعه أو على جزء منه ، وكذلك من يمتهنون صناعة المبانى سابقة التجهيز فى مجموعها ، أو فى أجزاء منها وبيعها ، أو من يستوردون هذه المصنوعات ، أو يتولون توزيعها فى مصر ، وذلك تيسيرا على المشترى - الذى هو فى الحقيقة رب العمل المقصود بالحماية - فى الحصول على التعويض المناسب لجبر مالحقه من أضرار [٦] .وتنظم السلطة المختصة بتنظيم وتوجيه أعمال البناء طريقة تحديد التاريخ الذى فيه يكون العقار المشيد قد صار تام الانجاز صالحا للتسلم .

(٦) تعديل نص الفقرة الثانية من المادة ٦٥١ مدنى ، تعديلا من شأنه أن يوسع فى دائرة العيوب التى تشكل نطاقا موضوعيا لسريان أحكام هذه المسئولية الخاصة ، بحيث يجعلها تشمل ، بالإضافة إلى تلك العيوب المذكورة بها - أى التى تهدد البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، فى متانته وسلامته - العيوب الأخرى التى يكون من شأنها أن تجعل العمل المقام غير صالح لتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجل الوفاء به [٧] . مع استبدال عبارة " مايوجد " الموجودة بالنص الحالى ، بعبارة " مايظهر " وذلك جبا لما ثار من خلاف - أساسه العبارة الأولى - حول حق رب العمل فى الرجوع بأحكام هذه المسئولية الخاصة ، بسبب مايظهر من عيوب بعد انقضاء مدة الضمان ، إذا استطاع أن يثبت وجودها بالعقار قبل التسلم ، وذلك حتى تكون العبرة بالظهور لا بالوجود [٨] .

(٧) كذلك ، يحسن لو أنشأ المشرع المصرى ضمان آخر ، إلى جانب

---

(٦) انظر ،فيما سبق ،من ص٥٦٤ ومابعدها ،وص٥٦٧ ومابعدها وكذا ص٦٤٢ ومابعدها .

(٧) أنظر ، فيما سبق ، من ص٨١٨ : ص٨٣٥ .

(٨) أنظر فيما سبق ، ص ٣٨٤ ومابعدها

الضمان العشرى تكون مدته سنتين مثلا ، اعتبارا من تاريخ التسلم ، يضمن بموجبه المهندس المشرف على التنفيذ والمقاول متضامنين مع من يقوم بتوريد أو تركيب أى من الأجهزة الميكانيكية أو الكهربائية اللازمة للبناء أو المنشآ الثابت الآخر ، كفاءة أداء هذه الأجهزة لوظيفتها التى خصصت لأدائها فى العقار المشيد (٩) .

(٨) كذلك ، نرى أن يستحدث مشرعنا ضمانا جديدا ، لمدة سنة مثلا اعتبارا من تاريخ التسلم ، يجعل بمقتضاه ، المهندس المشرف على التنفيذ والمقاول ضامنين متضامنين لكل مايظهر خلال هذه المدة فى العقار المشيد من عيوب ، عدا ماكان منها أساسه الأستهلاك العادى أو الأستعمال المألوف شريطة أن يخطرهما رب العمل بها كتابة فى مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ ظهورها وأن يقتطع من أجر المقاولة نسبة مئوية ولتكن ١٠٪ مثلا ، ضمانا للتنفيذ العينى للالتزام بهذا الضمان (١٠). ولاتصرف لهما إلا بعد فوات مدته .

(٩) وضمانا لجدية تنفيذ هذه الالتزامات بالضمان ، يجب إناطة الأحكام المتعلقة بها بالنظام العام ، ضمانا للقضاء على أية محاولة من جانب المعماريين ، يقصد بها التملص من هذه الالتزامات أو التخفيف منها (١١) .

(١٠) يجب الاستمرار على ذات النهج الذى تبناه مشرعنا المصرى فى قانوننا المدنى الحالى ـ على خلاف مسلك المشرع الفرنسى (١٢) ـ فى الفصل بين مدة الضمان ذاته ، ومدة تقادم دعواه ، على أننا نرى أن تخفض المدة المنصوص عليها فى المادة ٦٥٤ مدنى الحالية من ثلاث سنوات الى سنة واحدة اعتبارا من وقت علم

---

(٩) انظر ، فيما سبق ، من ص٩٧٩ : ص١٠١٥

(١٠) راجع ، فيما سبق، من ص١٠٢٠ : ص١٠٩٨ وكذا هامش ١٩ مكرر ص٢٠٩.

(١١) انظر ، فيما سبق ، من ص٣٠٦ : ص٣٣٧ .

(١٢) انظر ، فيما سبق ، من ص٢٩٣ : ص٢٩٨ .

صاحب المصلحة بحصول التهدم ، أو انكشاف العيب .

هذا ونردف هذه الخاتمة بملحق نضمنه المشروع المقترح من جانبنا لإعادة تنظيم أحكام المسئولية الخاصة بالمعماريين في قانوننا المدني .

ملحـــق

ملحــــق

" بالمشروع المقترح لإعادة تنظيم أحكام المسئوليـــة الخاصة بالمعماريين فى القانون المدنى المصـــرى "

مـــادة ٦٥١ :

(١) يضمن المهندسون والمقاولون وكل من ارتبط مع رب العمل بعقـد مقاولة إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى ، وذلك بالتضامـن فيما بينهم ، مايحدث ، خلال عشر سنوات من تاريخ تسلم العمل ، من تهدم كلى أوجزئى ، فيما شيدوه من مبان أو أقاموه مـن منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب فـى الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشـآت المعيبـة .

(٢) ويشمل الضمان المنصوص عليه فى الفقرة السابقة مايظهر فـى المبانى والمنشآت الثابتة الأخرى ، خلال مدة الضمان ، من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها ، أو تجعلها غير صالحـة لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجلـه .

مـــادة ٦٥١ مكرر :

يسرى الضمان المنصوص عليه بالمادة السابقة - بالإضافـة إلى من ذكروا بالفقرة الأولى بها - علـــى :

(١) كل من تكون مهنته تشييد المبانى لحسابه الخاص ، سواء بنفسه أو بواسطة الغير ، ثم يقوم ببيعها قبل مضى عشر سنوات مـن تاريخ تمام إنجازها ، سواء تم هذا البيع وهى تحت الإنجـاز أو بعد تمامه ، وسواء انصب البيع على كل العقار المشيد أوعلى جزء منـه .

(٢) كل من قام ، بمقتضى عقد مقاولة من الباطن ، بتنفيذ العمل محل عقد المقاولة الأصلى فى مجموعه أو فى جزء منه ، وذلك بالتضامن

مع المقاول الأصلى، سواء كان ذلك بالنسبة للعلاقة فيما بينه وبين رب العمل ، أو فيما بينه وبين المقاول الأصلى .

(٣) كل من قام ، بمقتضى عقد وكالة بينه وبين رب العمل ، بعمل من الأعمال العادية - التى يقوم بها المقاولون عادة - فى إقامة بناء أو منشأ ثابت آخر ، على الرغم من أنه يتصرف على أنه وكيل عن رب العمل .

(٤) كل من قام بصنع بناء أو جزء من بناء ، أو أى منشأ ثابت آخر أو جزء منه ، سابق التجهيز ، أو استورده ، أو وزعه على أنه من انتاج مصنعه ، وذلك بالتضامن فيما بينه وبين المقاول الذى قام بتثبيت هذا المصنوع فى مكانه حتى كان هذا الأخير قد ثبته ، دون تعديل فيه ، وطبقا لتعليمات صانعه أو مستورده أو موزعه .

مادة ٦٥١ مكرر (١) :

يضمن المهندس المشرف على التنفيذ والمقاول متضامنين مع من قام بتوريد وتركيب أى من الأجهزة الميكانيكية أو الكهربائية اللازمة للبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، كفاءة أداء هذه الأجهزة لوظيفتها التى خصصت لأدائها فى العقار ، وذلك لمدة سنتين اعتبارا من تاريخ تسلم العقار .

مادة ٦٥١ مكرر (٢) :

يضمن المهندس المشرف على التنفيذ والمقاول متضامنين ، ولمدة سنه اعتبارا من تاريخ التسلم ، كل مايظهر بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر من عيوب عدا ماكان منها أساسه الاستهلاك العادى أو الاستعمال المألوف ، شريطة أن يخطرهما بها رب العمل كتابة فى مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ ظهورها ، ويجب أن يقتطع من أجر المقاولة نسبة قدرها ١٠ ٪ ضمانا للتنفيذ العينى للالتزام بهذا الضمان ، لاتصرف لهما إلا بعد فوات مدته شريطة ألا يكون رب العمل قد أبدى اعتراضا مسببا على هذا الصرف .

مـــادة ٦٥٣ :

يكون باطلا كل شرط يقصد به الإعفاء من الضمانات السابقـــة أو الحد منهـــــا .

مـــادة ٦٥٤ :

تسقط الدعاوى الناشئة عن الإخلال بأى من الضمانات السابقـة بانقضاء سنة أعتبارا من تاريخ علم صاحب المصلحة فى الدعــــوى بحصول التهدم أو أنكشـــاف العيـــــب .

مختصرات

EXPLICATION DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

(A)

A	= Arrêté
A.F.N.O.R.	= Association française de normalisation (normes NF)
A.J.D.A.	= Actualité juridique, droit administratif.
A.J.I.	= Actualité juridique, immobilière
A.J.P.I.	= Actualité juridique, propriété immobilière
A.J. ed. T.	= Actualité juridique édition travaux publics.
Admin.	= Administrer.
Al.	= Alinéa.
Ann. fac. dr. liège	= Annales faculté de droit liège
Ann. Loy.	= Annales des loyers.
L'Arg.	= L'Argus
Art.	= Article

(B)

Bull. arb. liège	= Bulletin d' arbitrage liège.
Bull. (ou B.)	= Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
Bull. (ou B.) civ.	= Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambre civile.

Bull. (ou B.) cri.	= Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre criminelle.
Bull. (ou B.) com.	= Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre commerciale.
Bull. (ou B.) soc.	= Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre sociale.
Bull. (ou B.) ass.	= Bulletin des assurances.
Bull. inf. C.N.E.I.L.	= Bulletin d'information du centre national d'études et d'initiatives en faveur de logement.
Bull. J.I.	= Bulletin de la jurisprudence immobilière et de la construction.
Bull. sté. mut. arch.	= Bulletin de la société mutulle des architectes.

(C)

C.A. ou C. app.	= Arrêt de cour d'appel
Cass.	= Arrêt de la cour de cassation de France.
Cass. b.	= Arrêt de la cour de cassation de Belgique.
Cass. civ.	= Arrêt de la cour de cassation de chambre civile.(1^{re}, 2^{c} et 3^{o}).
Cass. comm.	= Arrêt de la cour de cassation de chambre commerciale et financière.

Cass. crim. = Arrêt de la cour de cassation de chambre criminelle.

Cass. req. = Arrêt de la cour de cassation de chambre des requêtes.

Cass. soc. = Arrêt de la cour de cassation de chambre sociale.

C.C.A.G. = Cahiers des clauses administratives générales.

C.C.C.G. = Cahiers des clauses et conditions générales.

C.E. = Arrêt de Conseil d'État.

Chr. = Chronique.

C.J.E.G. = Cahiers juridiques d'Eléctricité et Gaz de France.

C.C. ou C. Civ. - Code civil.

C. Com. = Code de commerce.

C. Constr. et habit. - Code de la construction et de l'habitation

C. urb. = Code de l'urbanisme

C. urb. et habit = Code de l'urbanisme et de l'habitation.

Concl. = Conclusion.

Conf. = Conforme.

C.N.R.C. = Centre National de la Recherche sur la construction

Contra. = Contraire.

(D)

D. ou Dall. = Receil Dalloz

D.A. = Dalloz analytique

D.C. = Dalloz critique.

D.H.	= Dalloz hébdomadaire.
D.P.	= Dalloz périodique
D.S.	= Recueil Dalloz-Sirey
Decr.	= Décret
Decr.-L	= Décret-Loi.
Doct.	= Doctrine.
Dr. adm.	= Droit administratif.
Dr. fisc.	= Droit fiscal.

(E)

Edi.	= Édition
Edi. P.U.F.	= Edition presses universitaires de France.
Ency. D.	= Encyclopedie Dalloz.

(F)

Fasc.	= Fascicule
Fenét	= Recueil complet des travaux préparatoires du code civil. Paris, 1827
F.I.D.I.C.	= La Fédération internationale des ingénieurs conseil.
F.N.P.C.	= La Fédération National des promoteurs constructeurs.

(G)

G.P. ou Gaz-Pal	= Gazette du palais.
Gaz-Arch.	= Gazette des architectes.
Gaz-Trib. ou G.T.	= Gazette des Tribnaux.

(H)

H.L.M. = Habitations à loyer modéré

(I)

I.R. = Informations rapides

Ibid. = Ibidem

(J)

J.C.C. (const.) = Juris-Classeur Construction.

J.C.D.C. (civ.) = Juris-Classeur Droit Civil.

J.C.P. = Juris-Classeur periodique.

J.C.Br. = Jurisprudence commerciale de Bruxelles.

J.C. Fl. = Jurisprudence commerciale des Flandres.

J.L. = Jurisprudence de la cour d'appel de liege.

J.P.A. = Jurisprudence du port d'Anvers

J.O. = Journal Officiel.

J.O. deb.(D.)A.N. = Journal Officiel débats Assemblée Nationale.

J.O. deb.(D.)S. = Journal Officiel débats de Sénat.

J.T. ou Jour. T. = Journal Officiel des tribunaux.

J.T.O.M. = Journal Officiel des tribunaux d'outre-Mer.

(L)

L = Loi

Leb. ou (Rec.Leb.) = Lebon (Recueil des arrêts du Conseil d'Etat(Recueil Lebon).

(M)

Mel.	= Mélanges
	= Mélanges Bissonnette
	= Mélanges Hébraud
	= Mélanges Savatier
	= Mélanges Voirain
M.T.P. ou Moni. Trav. Pub.	= Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment.
Mon. Jur. L. ou (Lyon)	= Moniteur juridique de Lyon.

(N)

N^{o}	= Numéro
N.	= Note
N.F.	= Normes francaises établies par L'Association francaise de normalisation (A.F. NOR) (V, A)
Nouv. Rép. D.	= Nouveau Repertoire Dalloz.

(O)

Obs.	= Observation
Op. Cit.	= Ouvrage précité.
L'O.P.Q.C.B.	= Office Professionnel de Qualification et de Classification du Bâtiment.

(P)

P	= Page.
Pand. bel.	= Pandectes belges.
Pand. fr.	= Pandectes francaise

Pand. per = Pandectes périodiques.

Pano. = Panorama de la jursprudence de la cour de cassation. (Rubrique de la Gazette du Palais).

P. ou Pas. (bel.) = Pasicrisie belge.

P. ou Pas. (fr.) - Pasicrisie francaise.

Prom. imm. (immob.) = Promotion immobilière.

(Q)

Quot. Jur. = Quotidiens juridiques.

(R)

Rap. = Rapporteur.

Rappr. = Rapprocher.

Rec. = Recueil.

Rec. Jur. propr. et bat. = Recueil de la jurisprudence de la propriété et du bâtiment

Rec. jur. de L'Est = Recueil juridique de L'Est.

Rec. jur. Leb. = Recueil Lebon. V.'L'

Rép. D. = Répertoire Dalloz. V, 'N'.

Rép. Nat. (Répertoire Défr.) = Répertoire du notarait (Répertoire Défrenois).

Répo. min. = Réponse ministerielle.

Req. = Arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation, V 'C'.

Res jura (j) imm. (J.) = Res et jura immobilia

Rev. Arch.	=	Revue d'architecture.
Rev. Ass. fr.	=	Revue de l'assurance francaise
Rev. Bat.	=	Revue du Bâtiment
Rev. comm. fr.	=	Revue commerciale francaise.
Rev. Constr.	=	Revue de la construction.
Rev. crit. jur. bel.	=	Revue critique de la jurisprudence belgique.
Rev. dr. adm.	=	Revue Droit Administratif.
Rev. dr. M.F.	=	Revue Droit Maritime francais
Rev. dr. (pub.)	=	Revue Droit Public.
Rev. dr. et V. (vil).	=	Revue Droit et ville.
R.E.D.I.	=	Revue d'economie et de droit immobilier.
Rev. (R) gen. (G.) ass.(A.) resp.(R.)	=	Revue générale des assurances et responsabilités.
Rev. (R.) gen (G.) ass. (A.) terr.(T.)	=	Revue générale des assurances terrestres.
Rev. jur. fesc. entrepr.(R.J.F.E.)	=	Revue juridique et fiscale des Entreprises.
Rev. jur. Imm. (R.J.I.)	=	Revue juridique immobilière
Rev. jur. Tem. (R.J.T.)	=	Revue juridique Témise
Rev. L.	-	Revue de la loi.
Rev. Loy.	=	Revue des Loyers.
Rev. T. Ly. et mon. jud.	=	Revue le tout lyon et moniteur judicaire.
R.T.D.C.	=	Revue. Trimestrielle de droit civil.

R.T.D. Com.	= Revue Triméstrielle de droit commercial.
R.T.D.I.(Imm.)	= Revue Triméstrielle de droit Immobilier.

(S)

S.	= Recueil general des lois et arrêts de Sirey.
S. (Sen.)	= Sénat
S. (som.) J. (jur)	= La somaine juridique V."J".
Somm.	= Sommaire.
Sent. Arb.	= Sentence arbitrale.
S.T.Q.	= Recueil Sirey, Table quinquennale.
Suppl.	= Supplément.

(T)

T.	= Tome
Trib ou (T.)	= Tribunal
Trib ou (T.) A. ou (Adm.)	= Tribunal administratif.
Trib ou (T.) C. ou (Civ.)	= Tribunal civil.
Trib. ou T. Com.	= Tribunal de commerce.
Trib ou (T.) conf.	= Arrêt du trifunal de conflits
Trib. ou (T.) G.I.	= Tribunal de grande instance.

(V)

V.	= Voyez
V.R.D.	= Les travaux de voirie et reseaux divers.
Vol.	= Volume

مراجـــع

ثبت باهم المراجع

التى استعنت بها ، مرتبة حسب الحروف الأبجدية لمؤلفيها (١)

أولا : مراجع لغوية :

(ا) باللغة العربية :

١ - لسان العرب : لابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم الأنصارى) الطبعة المصورة عن طبعة بولاق .

٢ - القاموس المحيط : للفيروز آبادى الشيرازى (مجد الدين محمد بن يعقوب) ط ٢ مطبعة البابى الحلبى بمصر عام ١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م .

٣ - المصباح المنير: للمقرى (أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى) ط ٣ المطبعة الأميرية بمصر

٤ - مختار الصحاح : للرازى (الإمام محمد بن أبى بكربن عبد القادر) ط دار التنوير العربى - بيروت عام ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

٥ - الكفاية فى النحو: للدكتور / عبد الرحمن السيد ط مطبعة قاصد خير - الفجالة - مصر عام ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م .

٦ - الإملاء والترقيم فى الكتابة العربية : للأستاذ /عبدالعليم ابراهيم ط . دار غريب للطباعة بالقاهرة .

(ب) باللغة الفرنسية :

1- Déctionnaire de l'acadimie Français éd. 1878 et 1898.
2- Déctionnaire Le Petit La Rosse éd. 1975 et 1980.
3- Déctionnaire Le Petit Ropert-1 éd. 1981.
4- Dectionnaire Latin-français par Henri Goelzer éd. 1966.

١ - عند تعدد المراجع أو المقالات أو التعليقات لمولف واحد ، لجأت إلى ترتيبها - فيما بينها - حسب تاريخ نشرها .

(د) باللغتين الفرنسية والعربية :

١ - مجموعة المصطلحات القانونية : (قاموس : فرنسى - عربى) تأليف الدكتور: عبد القادر مرزوق ط ١ مطبعة البابى الحلبى بمصر عام ١٩٥٠.

٢ - المعجم العملى للمصطلحات القانونية والمالية والتجارية (فرنسى - عربى ، عربى - فرنسى) تأليف : يوسف شلاله. ط منشأة المعارف بالاسكندرية .

٣ - المنهل (قاموس : فرنسى - عربى) تأليف د.جبور عبد النور، د.سهيل إدريس ط ٢- دار العلم للملايين - بيروت عام ١٩٧٢ .

ثانيا الفقة الإسلامى :

(أ) مراجع فى الفقه الإسلامى : فقه المذاهب "

أ- الفقه الحنفى :

١ - ابن عابدين (محمد أمين) :حاشية رد المحتار على الدر المختار ط ٣ ١٣٢٥هـ مطبعة بولاق - مصر .

٢ - البابرتى (أكمل الدين محمدبن محمود) : شرح العناية ، على هامش فتح القدير . ط ١ مطبعة البابى الحلبى بمصر ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م .

٣ - البغدادى (أبو محمدبن غانم بن محمد) : مجمع الضمانات ط ١ المطبعة الخيرية بالجمالية - بمصر عام ١٣٠٨هـ.

٤ - الزيلعى (فخر الدين عثمان بن على) : شرح الكنز. ط ١ مطبعة بولاق بمصر عام ١٣١٤هـ .

٥ - السرخسى(شمس الأئمة أبوبكر بن محمد) : المبسوط . ط . مطبعة السعادة بمصر .

٦ - الشرنبلالى(حسن بن عمار) : حاشية على درر الحكام فى شرح غرر الأحكام لمنلاخسرو ط دار السعادة مطبعة أحمد كامل عام ١٣٢٩ هـ .

٧ - الكاسانى (علاء الدين أبو بكر بن مسعود) : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع . ط ١ مطبعة الجمالية بمصر عام ١٣٢٨ هـ .
٨ - الكمال بن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى) : شرح فتح القدير على الهداية . ط ١ مطبعة البابى الحلبى بمصر ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م .
٩ - الكواكبى (محمد أبى حسن بن أحمد) : الفوائد السمية فى شرح النظم المسمى بالفوائد السنية على مذهب أبى حنيفة ط . ١ مطبعة بولاق بمصر عام ١٣٣٤هـ .
١٠ - المرغينانى (برهان الدين على بن أبى بكر) : الهداية شرح البدايه مطبعة البابى الحلبى بمصر عام ١٩٦٥م .
١١ - سعدى جلبى (سعد الله بن عيسى) : حاشية ، على هامش فتح القدير ط ١ مطبعة البابى الحلبى بمصر عام ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م .
١٢ - قاضى زادة (شمس الدين) : تكملة فتح القدير المسماة " نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار " ط ١ مطبعة البابى الحلبى بمصر ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م .
١٣ - منلا خسرو : درر الحكام فى شرح غرر الأحكام . ط دار السعادة ، مطبعة أحمد كامل عام ١٣٣٩ هـ

٢ - الفقه المالكى :

١ - الخرشى (أبو عبد الله محمد) : شرح الخرشى على مختصر خليل ط مطبعة بولاق - بمصر عام ١٣١٨هـ .
٢ - الدردير (أحمد بن محمد بن أحمد السعدوى) : الشرح الصغير على مختصر خليل ط دار المعارف بمصر عام ١٩٧٣م .
٣ - العدوى (على الصعيدى السعدوى) : حاشية ، على هامش الخرشى على مختصر خليل .ط مطبعة بولاق بمصر عام ١٣١٨هـ .

٣ - الفقه الشافعى :

١ - الخطيب (محمد الشربينى) : مغنى المحتاج على متن المنهاج
ط. مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر عام ١٣٥٢هـ/ ١٩٣٣م .
٢ - الشافعى (محمد بن إدريس) : الأم ط ١ المطبعة الأميرية ببولاق عام ١٣٢٥هـ .
٣ - الغزالى (أبو حامد بن محمد) : إحياء علوم الدين
ط. دار المعرفة بيروت عام ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م .

٤ - الفقه الحنبلى :

١ - أبو عبيد الله (شمس الدين) : الفروع .
ط . دار المعارف بمصر عام ١٣٤١هـ .

٥ - الفقه الزيدى :

١ - ابن المرتضى (أحمد بن يحيى) البحر الزخار .
ط ١ مطبعة أنصار السنه عام ١٣٦٧هـ - ١٩٤٨م .

(ب) مراجع معاصرة فى الفقه الإسلامى وتاريخه :

١ - أبو الفتح (أحمد) : المعاملات فى الشريعة الإسلامية . والقوانين المصرية ط ٢ مطبعة النهضة بالقاهرة عام ١٩٢٢م .
٢ - الخفيف (على) :
- الملكية فى الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية طبعة مطبعة الجبلاوى بالقاهرة عام ١٩٦٩م.
- الضمان فى الفقه الإسلامى .
طبعة مطبعة الجبلاوى - بالقاهرة عام ١٩٧١م .

٣ - د. السنهوري (عبد الرزاق أحمد) : مصادر الحق في الفقه الإسلامي . ط ١ طبعة المجمع العلمي العربي الإسلامي - بيروت . مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الدكتوراة بجامعة القاهرة في العام الجامعي ١٩٥٣ - ١٩٥٤م .

٤ - الضرير (الصديق محمد الأمين) : الغرر وأثره على العقود في الفقه الاسلامي . رسالة نوقشت بجامعة القاهرة عام ١٩٦٦ط دار نشر الثقافة .

٥ - حسين حامد حسان : نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي رسالة ، ط دار النهضة العربية عام ١٩٧١.

٦ - عيسوى أحمد عيسوى : المدخل للفقه الإسلامي . ط ١٩٦٧ مكتبة سيد عبدالله وهبة .

٧ - عيسى عبده : العقود الشرعية الحاكمه للمعاملات المالية المعاصرة بحث مقدم إلى موتمر الفقه الإسلامي المنعقد بمدينه الرياض في ذى القعدة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م . ط. دار الاعتصام ١٣٩٧هـ -١٩٧٧م .

٨ - مذكور (محمد سلام) المدخل للفقه الإسلامي . ط ٢ دار النهضة العربية عام ١٩٦٣م .

(د) مجموعات تشريعية مأخوذة من الفقة الإسلامي: "المذهب الحنفي"

١ - مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية : (التي كان معمولا بها في مصر - باعتبارها ولاية عثمانية - حتى بداية العمل بالتقنين الأهلي في ٢٨/١٠/١٩٨٣م، المنقول من التقنين المدني الفرنسي)

٢ - تقنين "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان " لمحمد قدري باشا . ط ١ عام ١٣٣٨هـ . مطبعة دار النشر والتأليف التجارية .

٣ - مشروع "تقنين الشريعة الإسلامية ". على مذهب الإمام أبى حنيفة النعمان إعداد اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية - إشراف مجمع البحوث الإسلامية . الطبعة التمهيدية - الشركة المصرية للطباعة والنشر بالقاهرة عام ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

ثالثا المراجع القانونية :

(١) باللغة العربية :

(أ) مراجع عامة :

١ - أبو ستيت (أحمد حشمت) : مصادر الالتزام ، ط ٢-١٩٥٤، مطبعة مصر .

٢ - أبو غنيمة (عبدالعزيزعبدالقادر) : الالتزام العينى بين الشريعة والقانون . رسالة - جامعة القاهرة ط ١ - ١٩٧٢ دار النهضة .

٣ - أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية . ط ٧ - ١٩٦٣ . دار المعارف بالاسكندرية .

٣ - أحمد سلامة :

- المدخل لدراسة القانون (الكتاب الثانى) مقدمة القانون المدنى ط ١٩٦٣ مكتبه نهضة مصر .

- الملكية الفردية فى القانون المصرى . ط ١٩٧٠ دار النهضة العربية .

٤ - أحمد سلامة وحمدى عبد الرحمن : الوجيز فى المدخل لدراسة القانون . ط ١٩٧٠ - دار النهضة العربية .

٥ - أحمد نشأت : رسالة الإثبات . ط ٧ دار الفكر العربى الحديث

٦ - اسماعيل غانم :

- محاضرات فى النظرية العامة للحق ط ٣ - ١٩٦٦ - مكتبه سيد عبدالله وهبة .

- النظرية العامة للالتزام . حـ٢ أحكام الالتزام ط ١٩٦٧ - مكتبه سيد عبدالله وهبة .

- عقد العمل ط ١٩٦٩-١٩٧٠ مكتبة سيدعبدالله وهبة .

٧ - الأهوانى (حسام): مقدمه القانون المدنى - نظرية الحق ط ١٩٧٣ دار النهضة العربية .

٨ - البدراوى (عبد المنعم) :

- أثر مضى المده فى الالتزام - رسالة - جامعة القاهرة ١٩٥٠، مطبعة جامعة فواد الأول .

- عقد البيع . ط ١ -١٩٥٧ دار الكتاب العربى بمصر

- النظرية العامة للالتزامات ح٢ أحكام الالتزام ط ١٩٧٣ - سيد عبدالله وهبة .

- النظرية العامة للالتزامات ح ١ مصادر الالتزام ط ١٩٧٥ - سيد عبدالله وهبة .

٩ - البرازقى (محمدمحسن) : محاضرات فى الحقوق الرومانية ط ١٩٣٥ مطبعة الجامعة السورية .

١٠ - الحفناوى (عبد المجيد محمد) تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، مذكرات مطبوعة على الاستنسل عام ١٩٦٩ - ١٩٧٠ .

١١ - السنهورى (عبد الرزاق أحمد)

- نظرية العقد . ط دار الكتب المصرية ١٣٥٣هـ - ١٩٣٤م .

- الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى . ط دار النهضة العربية ١٩٦٤ وما بعدها .

١٢ - الشرقاوى (جميل)

- مصادر الالتزام -التصرفالقانونى ، ط ١٩٧٤ دار النهضة العربية .

- المصادر غير الإرادية للالتزام ، ط ١٩٧٤ دار النهضة العربية .

١٣ - الشرقاوى (محمود سمير): القانون التجارى ط ١٩٨٢ دار النهضة العربية .

١٤ - العرينى (محمدفريد): القانون التجارى ط ١٩٧٧ دار المطبوعات الجامعية .

١٥ - العطار (عبد الناصر توفيق) : تشريعات تنظيم المباني ، ومسئولية المهندس والمقاول ط ١٩٧٢ مطبعة السعادة .

١٦ - العطيفي (جمال الدين) التقنين المدني ، معلقا على نصوصه ط ١٩٥٠ · دار النشر للجامعات .

١٧ - المهدى (نزيه محمد الصادق) : دراسة انتقادية لنطاق التأمين الإجباري من المسئولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بمقتضى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ ، مع المقارنة بالقانون الفرنسى رقم ١٢ لسنه ١٩٧٨ ، الخاص بالمسئولية والتأمين الإجباري في مجال أعمال البناء · ط ١٩٨٢ دار النهضة العربية

١٨ - أنورسلطان :

- العقود المسماة - البيع ط ٢-١٩٥٢ دار المعارف بمصر .
- الموجز في مصادر الالتزام · ظ ١٩٧٠ منشأة المعارف بالاسكندرية .
- النظرية العامة للالتزام ، حـ ٢ أحكام الالتزام ط ١٩٧٠ منشاة المعارف بالاسكندرية .

١٩ - أنور سلطان وجلال العدوى : العقود المسماة عقد البيع ط ١٩٦٦ دار المعارف بمصر .

٢٠ - إيهاب حسن اسماعيل :

- قانون العمل - طبعة مكتبه القاهرة الحديثة .
- وجيز قانون العمل والتأمينات الاجتماعية حـ ١ عقد العمل الفردى ط ١٩٧٦ مطبعة جامعة القاهرة .

٢١ - توفيق حسن فرج : مذكرات ، على الآلة مطبوعة على الاستنسل ، في مبادئ القانون ، وعقد المقاولة ، وعقد العمل ، مقررة على طلبه كلية الهندسة جامعة الاسكندرية عام ١٩٥٨م

- المدخل للعلوم القانونية ط ٣ ١٩٧٥ - ١٩٧٦ مؤسسة الثقافة الجامعية .
- عقد البيع والمقايضة ط ١٩٧٩ مؤسسة الثقافة الجامعية .

٢٢ - جمال زكى (محمود جمال الدين)
- النظرية العامة للالتزامات حـ ٢ أحكام الالتزام ط ١٩٧٤ مطبعة جامعة القاهرة .
عقد العمل فى القانون المصرى ط ٢ ١٩٨٢ الهيئة المصرية العامة للكتاب

٢٣ - حامد زكى : شرح القانون المدنى (السابق) الحقوق العينية ط ٢ ١٩٤٥ مكتبة منح الله إلياس نورى بمصر .

٢٤ - حامد عبد الحليم الشريف (وكيل نيابة) : شرح أحكام المبانى فى التشريع المصرى . ط ١٩٨٣ . مطبعة الحلبى للالوان - القاهرة .

٢٥ - حسن كيرة : أصول قانون العمل ط ٣ ١٩٧٩ منشأة المعارف بالاسكندرية .

٢٦ - حلمى بهجت بدوى : نظرية العقد . ط ١٩٤٣ مطبعة نورى بالقاهرة .

٢٧ - حمدى عبد الرحمن : قانون العمل . ط ١٩٧٦ .

٢٨ - خميس خصر : عقد البيع . ط ٣ ١٩٧٤ مكتبة القاهرة الحديثة .

٢٩ - رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . ط ٩ ١٩٦٩ - ١٩٧٠ دار النهضة العربية

٣٠ - زناتى (محمود سلام) :
- نظم القانون الرومانى ط ١٩٦٦ دار النهضة العربية
- تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ط ١٩٦٧ دار النهضة العربية .

٣١ - سعد عبدالسلام حبيب (المحامى) شرح عقد العمل فى القانون الموحد ط ١٩٥٩ مكتبه النهضة المصرية .

٣٢ - سليمان مرقس :
- موجز المدخل للعلوم القانونية .ط ١٩٥٣ المطبعة العالمية - القاهرة .
- العقود المسماة حـ ١ عقد البيع ط ١٩٨٠ عالم الكتاب - القاهرة .

٣٣ - شكرى سرور (محمد) : مسئولية المنتج عن الأضرار التى تسببها منتجاتة الخطرة . ط ١ ١٩٨٣ دار الفكر العربى الحديث .

٣٤ - شنب (محمد لبيب) :
- المسئولية عن الأشياء . رسالة . دار النهضة العربية ١٩٥٧ .
- شرح أحكام عقد المقاولة ط ١٩٦٢ دار النهضة العربية
- شرح قانون العمل . ط ١٩٦٤ دار النهضة العربية

٣٥ - عبد الباسط جميعى : مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات الجديد ط ١٩٨٠ دار الفكر العربى الحديث .

٣٦ - عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ج ٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ مطبعة نهضة مصر .

٣٧ - عبد الرسول عبد الرضا : الالتزام بضمان العيوب الخفية فى القانون المصرى الكويتى . رسالة - جامعة القاهرة ١٩٧١ - المطبعة الفنية الحديثة .

٣٨ - عبد العزيز فهمى (باشا) : ترجمة مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى ط ١٩٤٦ .

٣٩ - عبد المنعم فرج الصدة :
- حق الملكية . ط ١٩٤٦ مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر
- مصادر الالتزام ط ١٩٦٩ دار النهضة العربية .

٤٠ - عبد الودود يحيى :
- شرح قانون العمل ط ١٩٦٤ دار الفكر العربى الحديث
- دروس فى العقود المسماة - البيع والتأمين ط ١٩٧٨ دار النهضة العربية .

٤ - على البارودى : فى القانون البحرى ط ١٩٧٥ منشأه المعارف بالاسكندرية .

٤٢ - على الحاج (محمد عبد القادر) : مسئولية المنتج والموزع دراسة فى قانون التجارة الدولية ، مع المقارنة بالفقه الإسلامى . رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء ط ١٩٨٢ دار النهضة العربية - القاهرة .

٤٣ - على جمال الدين عوض : القانون البحرى ط ١٩٦٩ دار النهضة العربية - القاهرة .

٤٤ - على حسن يونس :

- أصول القانون البحرى ط . دار الحمامى للطباعة
- القانون التجارى ط ١٩٧٩ دار الفكر العربى الحديث .

٤٥ - عنبر - المحامى (محمد عبد الرحيم) : عقد المقاولة - دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية ط ١ - ١٩٧٧م .

٤٦ - فتحى غيث : قانون المهندس ط ١٩٦٠ دار المعرفة .

٤٧ - فتحى والى : قانون القضاء المدنى حـ ١ ط ١٩٧٢ دار النهضة العربية .

٤٨ - محسن شفيق :

- الوجيز فى القانون التجارى ط ١٩٦٧ دار النهضة العربية .
- مسئولية المنتج - دراسة فى قانون التجارة الدولية محاضرات مطبوعة على الاستنسل ألقاها سيادته على طلبة الدكتوراه "دبلوم القانون الخاص" جامعة القاهرة فى العام الجامعى ١٩٧٦-١٩٧٧ .

٤٩ - محمد حلمى مراد : قانون العمل والتأمينات الاجتماعية حـ ٢ فى علاقات العمل الفردية ط ١٩٦٥ مطبعة دار القلم .

٥٠ - محمد صالح : شرح القانون التجاري المصرى ط ٣-١٩٣٣ مطبعة الاعتماد - القاهرة .

٥١ - محمد على يوسف عمران : التقادم المسقط في القانون المصرى - دروس مطبوعة على الاستنسل لطلبة الدكتوراة " دبلوم القانون الخاص " جامعة عين شمس في العام الجامعى ١٩٧١ - ١٩٧٢ .

٥٢ - محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى المصرى - العقود المسماه ط ٢ ١٩٥٢ وما بعدها المطبعة العالمية ودار النشر للجامعات المصرية - القاهرة .

٥٣ - مصطفى الجمال : دروس في القانون البحرى . ط ١٩٦٨ المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر .

٥٤ - مصطفى كامل طه :

- الوجيز في القانون البحرى . ط ١٩٦٦ منشأة المعارف بالاسكندرية .

- القانون التجارى : ط ١٩٨٢ ، منشأة المعارف بالاسكندرية .

٥٥ - منصور مصطفى منصور : مذكرات في القانون المدنى - العقود المسماة - البيع والمقايضة والإيجار ط ١٩٥٧ دار المعارف بمصر .

٥٦ - نعمان خليل جمعة : دروس في المدخل للعلوم القانونية ط ١٩٧٨ دار النهضة العربية .

٥٧ - نور الدين رجائى : شرح القانون التجارى المصرى ط ٢-١٩٥٢ المطبعة العالمية بمصر .

(ب) مراجع خاصة :

١ - الدورى - المحامى (محمدجابر) : مسئولية المهندس والمقاول فى مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه . دراسة مقارنة. رسالة ماجستير فى القانون مقدمة إلى كلية القانون والسياسة ببغداد عام ١٩٧٥ ، ط ١٩٨٥ مطبعة أوفست عشتار - الباب الشرقى - بغداد .

٢ - دسوقى (محمد ابراهيم) : المسئولية المدنية للمهندس والمقاول . محاضرات - مخطوطة - ألقاها سيادته على طلبة الدراسات العليا - دبلوم القانون الخاص - كلية الحقوق ، جامعة أسيوط فى العام الجامعى ١٩٨٣ / ١٩٨٤ .

٣ - شكرى سرور (محمد) : مسئولية مهندس ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى . دراسة مقارنة ، فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى ط ١٩٨٥ دار الفكر العربى الحديث .

٤- منصور (محمد حسين): المسئولية المعمارية ، ط ١٩٨٤ شركة سعيد رأفت للطباعة .

٥- ياقوت (محمد ناجى): مسئولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل . ط ١-١٩٨٤ دار النهضة العربية .

(ج) - مقالات :

١- أبو علم (مصطفى): المسئولية عن تهدم البناء . مجلة إدارة قضايا الحكومة س ٢ ١٩٥٨ العدد ٤ .

٢- الشامى (محمد مظلوم): من قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى موضوع العقود الإدارية . مجلة العلوم الإدارية س ١٢ عدد إبريل ١٩٧٠.

٣- زناتى (محمود سلام): ترجمة قانون حمورابى . مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عدد يناير ١٩٧١.

٤- عبد الودود يحيى : مسئولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها . مجلة مصر المعاصرة س ٧٠ عدد إبريل ١٩٧٩.

(د) - تعليقات على الأحكام :

لايوجد .

(هـ) - مجموعات تشريعية :

١- مشروع تنقيح القانون المدنى - إعداد وزارة العدل ط ١٩٤٠ مطبعة الاعتماد بمصر .

٢- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - إعداد وزارة العدل طبعة مطابع مدكور بالقاهرة .

٣- الوقائع المصرية .

٤- الجريدة الرسمية .

٥- النشرة التشريعية .

٦- لائحة مزاولة مهنة الهندسة المعمارية والأتعاب ، إعداد شعبة الهندسة المعمارية بنقابة المهندسين . وملحقا بها .

أ - مشروع نموذجى لعقد تصميم وإشراف على التنفيذ .

ب - توحيد تشريعات المهندس المعمارى وتقاليد ممارسة المهنة .

(و) - مجموعات قضائية :

١- مجموعة التشريع والقضاء المختلط باللغة الفرنسية . "توقفت"

٢- المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية "توقفت"

٣- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض والإبرام (الدائرتين: المدنية والجنائية) ابتداء من عام ١٩٣١: عام ١٩٤٩ "مجموعة عمر" وابتداء من عام ١٩٤٩ حتى الآن . إصدار "المكتب الفني لتبويب الأحكام بمحكمة النقض .

٤- مجموعة أحكام محكمة النقض (الدائرتين : المدنية والجنائية) ابتداء من عام ١٩٤٩ حتى الآن . إصدار المكتب الفني لتبويب الأحكام بمحكمة النقض .

٥- مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري . إصدار المكتب الفني بالمجلس .

٦- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا . "أبو شادي"

(ز) - دوريات :

١- مجلة مصر المعاصرة : تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع .

٢- مجلة المحاماة : تصدرها نقابة المحامين بمصر .

٣- مجلة القانون والاقتصاد : يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة القاهرة .

٤- مجلة الحقوق: يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية .

٥- مجلة التشريع والقضاء : تصدرها دار النشر للجامعات "توقفت" .

٦- مجلة مجلس الدولة المصري: يصدرها المكتب الفني بالمجلس .

٧- مجلة إدارة قضايا الحكومة : تصدرها إدارة قضايا الحكومة بمصر .

٨- مجلة العلوم الإدارية : تصدرها الشعبة المصرية لامعهد الدولي للعلوم الإدارية .

٩- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية : يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة عين شمس .

١٠- مجلة الدراسات القانونية : يصدرها أساتذة كلية الحقوق - جامعة أسيوط .

---

(٢) باللغة الفرنسية :

(A) OUVRAGES GÉNÉRAUX :

1- ABERKANE :
Essai d'une théorie de l'obligation propter rem en droit positif français" Thèse Paris, 1957.

2- ARNTZ (E) :
"Cours de droit civil français" t.IV 2° éd. Bruxelles-Paris, 1880.

3- AUBRY ET RAU PAR ESMEIN :
"Droit civil français" t.V et VI 6° éd. 1952 alé 374 et 448.

4- BAUDRY LACANTINERIE ET WHAL :
Traité Théorique et pratique de droit civil- 3° éd. Paris, 1907
-Des contrats aléatoires et du mandat.
-Du contrat de Louage.

5- BEUDANT ET LE REBOURS-PIGEONNIÈRE:PAR RODIÈRE :
"Cours de droit civil français" T. XII 2° éd. 1947 "Contrat d'entreprise".

6- BIGOT (J.) :
"La réforme de L'assurance construction" Ed. L'ARHUS Paris, 1980.

7- BRABANT (A.) :
"Le contrat internationale construction" Bruxelles, 1981.

8- BRUN (R.) :
"Jurisprudence pratique des travaux immobiliers" Ed. Mon. Paris, 1979.

9- CAPITANT (H.) :
"Vocabulaire juridique" Paris, 1936.

10- CATALA (NICOLE) :
"La nature juridique de payement" Thèse Paris, 1961.

11- COLIN (A.) ET CAPITANT (H.) :
"Cours élémentaire de droit civil français" T.2 Paris, 1953 Par :Léon-Julliat de la Morandière.

12- COSTES (M.) :
"Essai sur la nature de contrat d'entreprise" Thèse Toulouse, 1913.

13- COURCELLE ET LE MAITRE :
"Législation du bâtiment" Paris, 1908.

14- DAVID (F.) :
"Le marché à façon, étud sur la vente d'objets fabriqués sur command" Thèse Paris, 1937.

15- DE LAUBADÈRE (A.) :
"Traité théorique et pratique des contrats administratifs" 3°éd. Paris, 1963.

16- DELVAUX (A.) :
"Traité juridique des bâtisseurs" 2°éd. Bruxelles, 1968.

17- DELVAUX (J.) :
- "Droits et obligations des entrepreneurs" 2°ed. Paris-Bruxelles, 1928.
- "Droits et obligations des architectes" 2°éd. Paris-Bruxelles, 1930.

18- DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE :
"Cours Analytique de code civil" T. VIII Ed. Paris, 1973.

19- DE PAGE (H.) :
Traité élémentaire de droit civil belge" T. IV. 1er Vol. 2°ed. 1951.

20- DUVERGIER :
"Le droit civil français suivant l'ordre du code ;du contrat de Lougage" T.II éd. Paris,1837.

21-EL-ATTAR (F.) :
"Le marche de travaux public" Thèse éd. du Caire, 1955.

22- FLAMME (A.) ET LE PAFFE (J.) :
"Le contrat d'entreprise" Bruxelles, 1966.

23- FLOUR (J.) ET AUBERT (J.L.) :
Droit civil;les obligation. V. I "L'acte juridique", V. 2 "Le fait juridique", Paris, 1981.

24- FRÉMY-LIGNIVILLE ET PERRIQUET :
"Troité de la législation des bâtiments et constructions" 2° éd. Paris, 1891.

25- GIVORD (F.) ET GIVERDON (G.) :
"La Coproptiété" 2° éd. Paris, 1974.

26- GROSS (B.) :
"La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats" Thèse Nancy, 1962.

27- GUILLOUARD (L.) :
-Traité du contrat de Louage. T. II, 1891.
-Traité du contrat de Vente. T. II., 1891.

28- HAMONIC (LÉON) :
"Guide juridique et pratique des entrepreneures de Travaus privés" Paris, 1899.

29- HANNEQUART (YVON) :
"Le droit de la construction" Bruxelles, 1974.

30- HELBERT :
"Guide juridique des entrepreneurs" Paris, 1951

31- HUC (THÉOPHIL) :
-Commentaire Théorique et Pratique de code civil éd. Paris, 1897 T. 10.

32- JOUSSERAND :
"Cours de droit civil positif français" 2° éd. 1930 T.2 et 3.

33- LAMBERT-PIERI (M-Cl.) :
"Construction immobilière et dommages aux voisins" Paris, 1982.

34- LAURENT :
Principes de droit civil français. éd. 1887 Bruxelles-T.XXVI "Du contrat de Louage".

35- LE PAGE (P.) :
"Lois des bâtiments ou le nouveaux desgodets" Paris, 1857.

36- LIET-VEAUX (G.) :
"La profession d'architecte" Thèse Paris, 1954 et 2° éd. 1963.
"Le droit de la construction" 3° éd. 1974, 5° éd. 1978 et 7° éd. 1982.

37- LLorens (Fr.) :
"Contrat d'entreprise et marché de travaux publics"
"Contribution à la comparison entre contrat de droit privé et contrat administratif" Paris, 1981.

38- MALINVAUD (Ph.) ET GASTAZ (Ph.) :
"Droit de la promotion immobilière" Paris 2° éd. Précis D. 1980.

39- MARCADÉ :
"Explication Théorique et pratique de Code Napolion" 6° éd. Paris, 1869 T.VI.

40- MARTIN DE LA MOUTE (J.) :
"L'acte juridique unilatérale" Thèse Toulouse, 1949.

41- MAZEAUD)H.L. et Y.) :

-"Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle" T.I 6° éd. 1956 Par. Tunc et T.2 5° éd. 1958 par Tunc et 6° éd. 1970
-Leçons de droit civil français :
-T.I. Vol.1, 5° éd. 1972 Par Juglart
-T.II, Vol.1 5° éd. 1973 Par Juglart
-T.III, Vol.2 5° éd. 1980 Par Juglart

42- MINVIELLE (G.) :
"Histoir et conditions juridiques de la profession d'architecte" Thèse Bor deaux, 1921.

43- MONTMERLE (J.) :
"Passation et exécution des marchés de travaux publics" Paris, 1975.
-"Commentaire pratique du cahier de clauses et conditions générales impossés aux entrepreneurs de travaux des ponts et chaussées" Paris, 1951, 2 volumes.

44- MONTRMERLE (J.) et CASTON (A.) :
"Passation et exécution des marchés de travaux privés" Ed. Mon. Paris, 1979.

45- NERET (J.) :
"Contrat de sous-traitance. Thèse Paris, 1977.

46- PENANRUM (DAVID DE) :
"Les architectes et leurs rapports avec les proprietaires, les entrepreneurs et les tièrs" Paris, 1892.

47- PERRIN et RENDU :
"Code des construction " 4^{o}éd. Paris, 1875.

48- PÉZOUS (E.) :
"Des devis et marchés, au point de vue de droit civil" Paris, 1880.

49- PLANIOL et RIPERT :
"Traité pratique de droit civil français"
-T.II par Boulangier 3^{o}éd. 1949
-T.III par Bicard 2^{o}éd. 1952.
-T.VI par Esmien 2^{o} éd. 1952.
-T.X par Hamel 2^{o}éd. 1956
-T.XI par Rousat (A.) 2^{o} éd. 1954.

50- POTHIER (oeuvres de Potier) :
T. IV "De Loua... Paris 1861 2^{o} éd. par M. Bugnet.

51- REVEL :
"La responsabilité des fabricants" Thèse Paris, 1975.

52- SAINT-ALARY (RO) :
"Droit de la construction" 1ère éd. Paris, 1977.

53- SAINT-AMARY HOUIN (CO) :
"Droit de la constructions" Éd. Mémento D. Paris, 1982.

54- SAINT-CHAMAS (DE) :
"L'architecte" Paris, 1957.

55- SOURDAT :
"Troité général de la responsabilité civil" 6° éd. Paris, 1911.

56- STARCK (B.) :
"Droit civil-Introduction" éd. 1972.

57- TAFFO (R.) :
"Les rapports entre le sous traitant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal dans l'ordre interne français et dans les relations internationales" Thèse Paris, 1981.

58- WELL (A.) et TERRÉ (F.) :
"Droit civil, les obigations" Précis D. 3° éd. 1980.

B) OUVRAGES SPÉCIALSÉS :

1- ALBOU (F.) :
"Le défaut d'origine phonique du bâtiment d'habitation et la responsabilité de constructeurs" Thèse Paris, II, 1981.

2- BELIN (Nic.) et BUTIKOFERT (J.M.) :
Contrats , responsabilités et assurances dans le bâtiment, Ed. du Mon. Paris, 1983.

3- BOUBLI (B.) :
- "La responsabilité des architectes, des entrepreneurs et autres locateurs d'ouvrage", Paris, 1971.

-"La responsabilité et l'assurance des architects, des enterpreneurs et autres constructurs" Paris, 1979.

4- BRICMONT (G.) :
"La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et droit français" Bruxelles-Paris 2° éd. 1965.

5- CANTELAUBE (Clodette) :
"La responsabilité décennale des entrepreneurs en droit public français", Paris, 1966.

6- CASTON (A.) :
"La responsabilité des constructeurs" 1ère. éd. 1974, 2° ed. 1979.

7- CHARVET (Dom.) :
"La responsabilité des architectes" Thèse Aix-Marseilles. 1969.

8- FRAISSAINGEA (LOUIS) :
"De la responsabilité des architectes et des enterpreneurs d'apres l'art. 1792 et 2270 C. Civ. These Paris, 1897.

9- FRANK (DANIEL) :
"La responsabilite des architectes et des enterpreneurs" These Paris, 1910.

10- GALLIE (LOUIS) :
"La responsabilite des enterpreneurs a l'egard des proprietaires d'immeubles" These, Paris, 1910.

11- GALIOT :
"De la responsabilite de l'architecte envers le proprietaire dans les travaux prives" These Rennes, 1910.

12- GUILLOT (EMILE) :
"De la responsabilité décennale des constructeurs" Thèse Paris, 1912.

13- KARILA (J.P.) :
"Les responsabilités des constructeurs" Ce qu il vous faut savoir" Ency. DELMAS pour la vie des affairs 1ère éd. "J'DELMAS et Cie" 1981.

14- LABIN (J.E.) :
"La responsabilité des architectes et son assurance "Thèse Paris, I, 1978.

15- LAMBERT (M.) :
"La responsabilité de l'architecte en droit anglais" Paris, 1951.

16- LE BLOND (Jules) :
"De la responsabilité des architectes et des entrepreneurs" Thèse Lille, 1893.

17- LUCHEUX (J.M.) :
"Les garanties de l'acquèreur dans les ventes d'immeubles à construire" Thèse Paris, 1968.

18- MASSELIN (O.) .
Nouvelle jurisprudence et traité pratique sur la responsabilité des architectes" 2ond .Paris 1880.

19- MILLER (F.R.) :
"La notion du bâtiment au sens de la loi du 4 janv.1978" mémoire Paris II, 1982.

20- NÉGER (R.) :
"De la garantie décennale imposée par la loi aux architectes et aux entrepreneurs" Thèse Montpellier 1936.

21- PETER (P.) :
"La responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs" 2 éd. Paris, 1969.

22- RAVON :
"La responsabilité des constructeurs" Traité pratique et juridique ,Paris ,1897.

23- ROUSSEL (A.) et Collaborateurs :
"Responsabilité et assurances des constructeurs" Guide pratique et théorique. Paris, 1978.

24-SAINT-MOURICE (B.) :
"La responsabilité des architectes et entrepreneurs après les travaux" Thèse Grenoble, 1940.

25- SOINNE (B.) :
"La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux" Deux T. Paris, 1969.

26- SPINETTA (A.) :
"Proposition pour une réforme de l'assurance construction" Ed. La Documentation française Paris, 1976.

C) ARTICLES :

1- A.J.P.I. '
"L'évolution de la Jurisprudence de la cour de cassation" A.J.P.I. dec. 1976 P. 1011 et s.

2- BADINTER (R.) :
"Aspects juridiques de l'activité de promoteur de construction immobilière" J.C.P. 1965 I. 1933.

3- BARRAINE (R.? :
"Nature et étendue de la responsabilité du constructeur" R.T.D. Comm. 1962 P. 371 et s.

4- BEAULIEU (H.L.) :
"La responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur , pour les vices de construction et les vices du sol, dans le droit français et le droit Quebec" Mélanges BISSONNETTE P. 65 et s.

5- BELLAGUET-WEVERT (EL.) :
— "L'évolution de la situation contracteulle de l'architecte" A.J.P.I. 1980 p. 787 et s.
— Quelques points de la responsabilité des constructeurs; deux ans après la mise en application de la loi du 4 janv. 1978, A.J.P.I. 1980 P. 863 et s.

6- BIGOT (J.) :
"La notion de composant" R.T.D.I. 1980 P. 132 et s.

7- BONNET et GROSS :
"La réparation des dommage causés aux construction par les vices de matériaux" J.C.P. 1974, 1. 2602.

8- BORRICAND (J.) :
"Observation sur le marche à forfait" D. 1965 p. 105 et s.

9- BOUBLI (B.) :
-"Soliloque sur la transmission de l'action en garantie" J.C.P. 1974, 1. 2646.
-"Le point de la jurisprudence sur la responsabilit des architectes et des entrepreneures" J.C,P. 1975, 1. 2721.
-"La responsabilité des constructeurs dans la loi du 4 janv. 1978" R.T.D.I. P. 1 et s.
-"Contrat d'entreprise" Ency. D. Rép. de dr. civil. T. III 2° edi. 1981. et mise à jour 1981-1982.
-"La responsabilite contracteulle de droit commun des constructeurs après la reception des travaux" R.T.D.I.1982 N°1 P.I. et s.

10- BOULLEZ (Chr.) et HINERY (A.) :
"Le marché de Travaux à forfait " A.J.P.I.1982 p. 723 et s.

11- BRIDEAU (L.) :
"Le rôle de l'expert dans le cadre de la responsabilité des constructeurs" A.J.P.I. sept. 1979.

12- CABANAC (J.) :
-"Le nouveau statut de la copropriété" "Commentaire de la loi de 10 juil 1955" A.J.P.I. 1965 P. et s.
-"La personalité civile du syndicat des copropiétaires d'après la loi du 10 janv. 1965" A.J.P.I. p. 1080.
-"L'exercice de l'action en responsabilité decemale des architectes et enterpreneurs sous le régime de la copropriété" A.J.P.I. éd. Loyer 1969, p. 820.
-L'évolution des actions collectives et individuelles dans le domaine de la copropiété" R. éco. et Dr. 1, 1977 p. 58 et s.

13- CASTON (A) :
-"Les actions ouvertes au porteur de parts de la société immobilière" A.J.P.I. 1968 P. 572 et s.
-"La notion de 'Gros ouvrage' après le décrét du 22 déc. 1967" A.J.P.I avr. 1969, P. 309 et s.
-"Les actions ouvertes au maître de l'ouvrage et à l'entrepreneur en cas de vice de matériau" A.J.P.I. auôt 1971 p. 756 et s.
-"Le marché a forfait" A.J.P.I. 1971 p. 1059 et s.
-"La réforme de la responsabilité et de l'assurance dans le domaine de la construction" (commentaire de la loi N° 78-12 du 4 janv. 1978) A.J.P.I. 1978 p. 93 et s.
-"Les textes d'application de la loi sur la responsabilité et l'assurance de la construction" A.J.P.I. 10 janv. 1979 p. 5 et s.
-"Reflexions sur la réception des travaux après la loi du 4 janv. 1978" A.J.P.I. juin. 1979 p. 10 et s.
-"Garantie décennale et responsabilité de droit commun" A.J.P.I. 10 Janv. à 10 aout 1980 p. 535 et s.

14- CHALARON (Y.) :
"Les actions en justice intentées par le syndicat de copropriétaires" D. 1977 p. 113 et s.

15- CHARDEAU :
"Des responsabilites respectives de l'architecte et de l'entrerreneur vis-à-vis de la personne public le maîtrede l'ouvrage au cas de malfaçon" A.J.P.A. 1963, p. 391 et. s.

16- CORMET (A.) et VERNEY :
"Des maisons et des villages" Dossier "La maison individulle" A.J.P.I. 1980 N°1 p. 5 et s. ,otamment p. 48 et s.

17- COSTA (J.L.) :
"La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 janv. 1978" D. 1979 p. 35 et s.

18- COURTIEU (G.) :
"La réforme de l'assurance construction" L'ARGUS 1979 p. 121 et s.

19- DAVID-CONSTANT (S.) :
"La responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs dans la jurisprudence française et Belge" Mélanges VOIRAIN p. 162 et s.

20- DELMAS (Ph.) :
"Le contrôle téchnique" (Analyse de la loi du 4 janv. 1978 et des textes d'application) R.T.D.I. 1979 p. 129 et s.

21- DELVOLVÉ (P.) :
"La détermination des responsables dans le contenieux de la construction entre le maitre de l'ouvrage, personne public , et des constructeurs" R. dr. et ville 1977 N°3 p. 123 et s.

22- DERROUCH (A.) et BOUBLI (B.) :
"L'isolation acoustique des constructions d'habitation, responsabilités et garanties" R.T.D.I. 1979, p. 437 et s.

23- DESILLE (C.) :
"La loi N°78-12 du 4 janv. 1978, responsabilité et assurance dans le domaine de la construction" R. Ass. fr. juil. 1978 p. 467 et s.

24- DURRY (G.) :
"L'annulation de l'art. A. 241-2C. Assu" R.T.D.I. 1980, I.P. 35 et s.

25- ESMEIN (P.) :
"Le statut de la copropriété dans les immeubles bâtis" G.P. 1956, 2, p. 38 et s.

26- FLECHEUX (G.) :
-"La protection de sous-traitant" J.C.P. 1973, I, 2514.
-"Le contrat de sous-traitance dans les marchés de Travaux publics" J.C.P., 1974,1 25 96.
-"La loi N°75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance" J.C.P. 1976, 1. 2791.

27- FOSSEREAU (JOÉLE) :
"Le clair- obscur de la responsabilité des constructeurs" D. 1977 Chro. P. 13 et s.

28- FOURGOUX (J.C.) :
"Sous-traitance, l'acceptation du sous-traitant, l'agrément des conditions de paiement et leurs consequences sur l'action directe" G.P. 1981, 1. p. 109.

29- FOURGOUX (J"C") et J.M. :
"La protection de sous-traitant dans les bâtiments" A.J.P.I. 1974 p. 489.

30- FOURGOUX (J.C.) et Poux-la Laguier (Ph.) ;
"Sous-traitance' La loi du 31 déc. 1975 après deux ans d'application" G.P. 1978 1, doc. p. 132.

31- GABOLDE (Chr.) :
"La responsabilité décennale en droit public" J.C.P. 1968, 1, 2191.

32- GAUDEMENT (Y.) :
"La réception de l'ouvrage dans la loi réformant l'assurance construction" Mon. T.P. et de bât. 23 avr. 1979 p. 105 et s.

33- GENIN (He) :
-"La réforme de l'architecture par la loi du 3 janv. 1977" A.J.P.I. 1977 p. 705 et s.
-"Le nouveau Code de Déontologie des architectes" A.J.P.I. 1980, p. 784 et s.

34- GEVERS (Mad.) :
"La responsabilité de l'entrepreneur du chef des malfaçons ne mettant pas en jeu la garantie décemale" Bull. des assurance (belge) 1958 p. 141 et s.

35- GIVERDON (Cla.) :
-"L'exercise des actions en justice consecutives aux malfaçons commises lors de la construction des immeubles" G.P. 1971, 2, p. 385 et s.
-"Le contrat de promotion immobilière" G.P. 1972, 1, p. 213 et s.
-"Les contrats relatifs à la construction des maisons individuelles" G.P. 1972, 2, p. 546 et s.

36- GOURIO (A.) :
-"La mise tutelle de l'ordre des architectes"
-J.C.P. 1978, 1, 2921.
-Administrer Mars 1979 p. 28.
-"Le monopol des architectes" J.C.P., 1980 , 1, 2989.

37- GROSLIÈRE (J.C.I.) :
-"Glosaire pour la reponsabilité en matiere de construction" Mélanges HÉBRAUD P. 393 et. s.
-"La réforme de la responsabilité en matière de la construction" R. dr. et ville 1979 N° 7 P. 7 et. s.

38- HANNEQUART (V.) :
"Les clauses d'irresponsabilité dans les contrats d'intreprise" Ann. dr. liège 1959, 1 p. 141 et s.

39- HOUIN-BERLIOZ (BRIGITTE? :
"La responsabilité des contracteurs de logments en droit français" R. Jur. Thémis 1977, (Quatrième Symposium de la responsabilité civile comparée) .

40- HUET (J.) :
"L'obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des contructeurs" R.T.D.I. 1983 N°1, p. 11 et.s

41- JETAZ)Ph.) :
-"La compétence professionnelle du promoteur de construction immobilière" D. 1969 p. 71 et. s.
-"Les malfaçons de l'immeuble :par qui et à qui la garantie est-elle dùe G.P. 1969 2, p. 225 et s.
-"Faute du promoteur syndiqué et responsabilité syndicale" D. 1971 p. 71 et s.
-"Le contrat de promotion immobilière" D. 1972 p. 198 et s.
-"La réforme du contrat de construction de maison individuelle" Dossier "La maison individulle" A.J.P.I. 1980 N°1 P. 5 et s. notamment p. 44 et s.
-"Variations sur la notion d'achèvement dans la vente d'immeuble à construire" R.T.D.I. 1982 N°3 p. 336 et s.

42- JOUFFA (Ye.) :
"La réforme de la profession d'architecte ou un ordre sous tutelle" G.P. 1978, 2 doc. p. 455 et s.

43- KARILA (J.P.) :
"La réconnaissance de responsabilité des constructeurs, conditions d'existence des effets" G.P. 1978, 2, p. 347 et s.

44- LAMBERT-FAIVRE (Y.) :
"Assurance des entreprises et des professions" D. 1979, p. 505 et s.

45- LAMURE (J.) et MARGEAT (H.) :
"Le nouveau droit de la construction, responsabilité et assurance" Assu. fr. fèv. 1979.

46- LANCEREAU (P.) :
"Le statut des constructeurs de maisons individuelles" G.P. 1973, 1, p. 101 et s.

47- LARROUMET (Chr.) :
"La responsabilité des organismes de contrôle téchnique" R.T.D.I., 1981 p. 311 et s.

48- LE CLACHER-BARON (M.) :
-"La garanite décennale des constructeurs dans la jurisprudence récente de Conseil d'Etat et de la Cour de cassation' C.J.E.G. 1970 p. 27 et s.
-"La réforme de la responsabilité des constructeurs par la loi du 4 janv. 1978" C.J.E.J. 1978 p. 37 et s.

49- LE PAFFE :
"Le contrat d'enterprise de travaux privés" Journ. Trib. 1962 pp. 129 et s.

50- LIET-VEAUX (G.) :
-"Constructeurs ;Responsabilite décinnale et biennale Jur. Class. construction Art. 1788 a 1794 fasc. 203.

-"Architecte et architecture devant la 1ère chambre de la cour d'appel de paris" À propos de l'arrêt sogorb, du 2 déc. 1959 G.P. 1960, 1, p. 51 et s.
-"La responsabilité des architectes après l'arrêt de la cour de cassation du 5 avr. 1965" J.C.P. 1965, 1, 1918.
-"Les responsabilités decennale et biennale des constructeurs (Régime de la loi du 3 janv. 1967) G.P. 1969, 1, p. 14 et s.
-"La présomption de responsabilité décennale Vrai ou faux? G.P. 1975, 2, p. 726.
-"La loi du 4 janv. 1978:Deux régimes parallèles de responsabilité des constructeurs? G.P. 1979, 1, p. 149 et s.
-"La loi du 4 janv. 1978 :La nouvelle responsabilité de plein droit" G.P. 1979, 1, p. 261 et s.
-"La loi du 4 janv. 1978 :Éléments dissociables et responsibilité biennale" G.P., 1, p. 301 et s.
-"La loi du 4 janv. 1978:Quels fabricants sont soumis a la présomption de responsibilité décennale " G.P. 1979, 1. p. 327.
-"La loi du 4 janv. 1978:À propos de la réception des ouvrages" G.P. 1979, 2 p. 414.
-"Le Nouveau code des devoirs professionnels des architectes" R.T.D.I. 1980 p. 223 et s.

51- LOMBOIS (C.I.) :
-"Commentaire de la loi du 10 juil 1965" D. 1966 p. 93 et s.
-"Responsabilité et assurance de la construction" G.P. 1980, 1, p. 322 et s.

52- M.H. :
"Le point de départ de la responsabilite décennale en matière de travaux publics" A.J. Ed. T. 1951, p. 435.

53- MALHERBE (J.) :
"La responsabilité civile des architectes et des entrepreneurs" LETOUT LYON et le moniteur judicaire. Oct. et nov. 1966, p. 1 a 2 et p. 16.

54- MALINVAUD (Ph.) :
-"La responsabilité du vendeur à raison des vices de la chose" J.C.P. 1968, 1. 2153.
-"La garantie des vices par le vendeur-promoteur de construction immeubles, unité ou diversité", J.C.P. 1969, 1. 2284.
-"La responsabilité civile du fabricant en droit français" G.P. 1973, 2, doc. p. 463 et s.
-"Le contrat de construction de maison individuelle dans son état actuel" Dossier "La maison individuelle" A.J.P.I. 1980 N° 1 p. 5 et s. notamment p. 39 et s.

55- MALINVAUD (Ph.) et JESTAZ (Ph.) :
"La loi du 4 janv. 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction"
(1ère partie-des responsabilitès) J.C.P. 1978, 1, 2900.

56- MAZEAUD (H.) :
-"Responsabilité délictuelle et responsabilité contracteulle" R.T.D.C. 1929 p. 551 et. s.
-"La responsabilite contracteulle des entrepreneurs et la réception des travaux" Mélanges SAVATIER P. 645 et. s.
-"La responsabilité du vendeur fabricant" R.T.D.C. 1965 p. 611 et s.

57- MAX-MOEL :
"De la prétendue solidarité de l'architecte et de l'entrepreneur à l'éqard du maître de l'ouvrage"
J.C.P. 1949, 1, 744.
A.J.D.A. 1957, doc., p. 1 et s.

58- ESYSSON (P.) :
"Réfléxions sur conflits de lois dans le temps résultant de la loi N°67-3 du 3 janv. 1967" J.C.P. 1967, 1, 2110.

59- MODERNÉ (F.) :
-"Les rapports entre responsabilité contracteulle, responsabilité decennale et responsabilité extracontracteulle" D. 1971 p. 267 et s.
-"La distinction de la responsabilité décennale et de la responsabilité contracteulle des constructeurs dans le droit des travaux publics" G.P. 1975, 1, P. 81 et s.
-"De l'incidence de la fraude et du dol sur la responsibilité des constructeurs à l'égard du maitre de l'ouvrage" G.P. 1976, 1, p. 297 et s.
-"Le nouveau régime de la responsabilité décennale" Mon. T. Pub. et Bât. fèv-juil, 1978.

60- MONTMERLE (J.) :
-"La responsabilité décennale des entrepreneurs de travaux publics" A.J. Ed. T. 1946 p. 422 et 477.
-"La responsabilité décennal de l'entrepreneur A.J. Ed. T. 1952, p. 1.
-"Réception des travaux du bâtiment en droit privé" A.J.P.I. 1961, p. 157 et s.
-"L'intervention des architectes dans les marchés de travaux privés" A.J.P.I. 1967 p. 109 et s.
-"Le marché à forfait" A.J.P.I. 1968 p. 124 et s.
-"Le cahier des charges génerales applicables aux marchés privés de bâtiment" Mon. T.P. 3 mars. 1973 p. 16.

61- MOSCET (P.) :
"De la responsabilité des architecte en matière d'imobsérvation de lois, de reglements ou de dispositions conventionnelles" A.J.P.I. juil. 1965 p. 553 et s.

62- PADIS (P.)
"La construction, ses responsabilités"
G.P. 1969, 1, p. 193 et s.

63- PEISSE (M) :
"La réforme de la responsabilité des constructeurs aux termes de la loi du 4 janv. 1978" Administrer juin 1979 p. 10 et s.

64- PERRET-GAYET (A.) :
"De la fausse notion de présomption de responsabilité d'architecte" G.P. 1975, 2, p. 674 et s.

65- PLANCQUEEL (A.) :
-"La responsabilité des architectes et des entrepreneurs depuis la loi du 3 janv. 1967" G.P. 1973, 2, p. 726 et s.
-"Refléxion sur nouveaux articles 1792 à 1792-6 du Code Civil (Loi du 4 janv. 1978) G.P. 1978, 2, p. 586 et s.

66- POURY :
"La recherche de terrain pour la construction de maison individuelle" Dossier "La maison individuelle" A.J.P.I. 1980 N°1 P. 5 et s.notamment p. 7 et s.

67- REYNAUD (M.) :
"La réception des travaux en droit de la construction" Rev. Dr. et ville 1981 N°11 p. 95 et s.

68- ROBINE (O.) :
"Apropos de la loi du 4 janv. 1978" Rev. Architectes avr. 1978 p. 17.

69- ROULET (V.) :
"Union d'entreprise et responsabilité" G.P. 1974-2, p. 636 et s.

70- ROULET (V.) et PEISSE (M.) :
-"Commentaire de la loi N° 78-12 du 4 janv. 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance en domaine de la construction' G.P. 1978, 1, p. 115 et s.
-"Loi de Spinetta et son décrét d'application N°1146 du 7 déc. 1978 sur le contrôle téchnique" G.P. 1979, 1, p. 25 et s.

71- SAINT-ALARY (R.) :
"La vente d'immeubles à contruire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction" (Commebtaire de la loi N°67-3 du 3 janv. 1967 modifiée et du décét N°67-1166 du 22 déc. 1967" J.C.P. 1968, 1, 2146.

72- SAINT-CHAMAS (Ro.) :
"La loi du 3 janv. 1967 à - t - elle aggravé responsibilité de l'architecte" G.P. 1969, 1, p. 222 et s.

73- SAVATIET (R.) :
"La vente de services" D. 1971, p. 223.

74- SEUBE (A) :
"La détermination des responsables dans le contentieux de la construction entre le maître de l'ouvrage, personne privé et les constructeurs" R. dr. et ville, 1977 N°3 p. 17 et s.

75- SILLARD (P.) :
"Responsabilité des entrepreneurs après la réception de menus ouvrages" A.J.D.A. 1958, 1, p. 17 et s.

76- SIZAIRE (D.) :
"Le statut de la copropiété des immeubles bâtis" (Application de la loi N°65-557 du 10 juil 1965 et du décrét N°67-223 du 17 mars 1967) J.C.P. 1969, 1, 2252.

77- STORA (C.) :
"L'obligation de garantie et la responsabilité des fabricants de matériaux"
A.J.P.I. 1980 p. [illegible] et s.

78- THIBIERGE (C.A.) :
"Responsabilité et assurance dans le domaine de la construction après la loi du 4 janv. 1978" Rép. géné. du not, Defrenois 1979, N°9 p. 673 et s.

79- TIRARD (M.) :
"La réglementation des contrats partant sur la construction des maisons individuelles" J.C.P. 1973, 1, 2579.

80- VAN-HECK (G.) :
-"De la nature du contrat d'entreprise dans lequel l'entrepreneur fournit la matiere" Note sur liège 13, 12, 1949 Rev. Crit Bel. 1951, p. 79.

81- VAN RYN (J.) :
"Les clauses de non-responsabilité"
Rev. géné. assu. et responsabilité 1931 p. 702.

82- ZURFLUH (A.) :
"Le nouveau régime de la garantie et de l'assurance dans le domaine de la construction depuis la loi du 4 janv. 1978"
Administrer Oct. et Nov. 1978 p. 5 et s.

D) NOTES ET OBSERVATIONS :

1 - A.S.:

Cass Civ. 11,2,1947 J.C.P.1947,11,3599.

2 - Agostini (E.):

-Cass. Civ. 3° ch.: 5,5,1975 D.1977 P.53

-Cass. Civ. 3° ch.: 18,6,1975 D.1977 P.53

-Cass. Civ. 3° ch.: 1,10,1975 D.1977 P.53

3 - Barbier:

Cass. Civ. Ch. reunies: 2,8,1882 D.1883,1, P.5

4 - BIGOT (J.):

-Cass. Civ. 3° ch.: 17,3,1975 R.G.A.T. 1976 P.77

5 - Boubli (B.):

=Cass. Civ. 3°ch.: 3,5,1978 R.T.D. 1979,1, P.68

-Cass.Civ. 3° ch.: 7,6,1978 R.T.D.I. 1979,2, P.209

-Cass. Civ. 3°ch.:12,10,1978 R.T.D.I. 1979,1, P.68

-Cass. Civ. 3°ch.:20,10,1978 R.T.D.I. 1979,3, P.341

-Cass. Civ. 3°ch.:15,12,1979 R.T.D.I. 1980,3, P.297

-Cass. Civ. 3°ch.: 8,1,1980 R.T.D.I. 1980,3, P.297

-Cass. Civ. 3°ch.: 3,10,1980 R.T.D.I. 1981,2, P.226

-Cass. Civ. 3°ch.:11,6,1981 R.T.D.I. 1982,1, P.1 et S.

-Cass. Civ. 3°ch.:17,2,1982 R.T.D.I. 1982,3, P.384

-Cass. Civ. 3°ch.:16,6,1982 R.T.D.I. 1983,1, P.65

-C. A. Nancy: 30,8,1979 R.T.D.I. 1980 P.171.

6 - Bouyeure (T.P.):

-C.A. Paris: 16,1,1968 R.T.D.I. 1968 P.128.

-T.G.I. Brest: 15,4,1970 A.J.P.I. 1970 P.965.

7 - BRUN (R.):

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 15,10,1970 La jur. pra.(son ouvrage) N^{o}5 P.85.

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 20, 3,1973 A.J.P.I.1973 P.1175

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 20,10,1976 A.J.P.I.1977 P.729

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 19, 4,1977 A.J.P.I.1978 P.211

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 27, 4,1977 A.J.P.I.1978 P.211

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 16, 5,1977 A.J.P.I.1978 P.211

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 7, 6,1978 La jur. pra.(son ouvrage) N^{o}246 P.415

-C.E. 10,janv.1973 La jur. pra.(son ouvrage) N^{o}65 P.160

-C.A. Lyon 19,3,1975 La jur. pra.(son ouvrage) N^{o}159 P.275

8 - C.G.:

-Caen adm. 1,3,1960 D.1960 P.273

9 - CABANAC (J.):

-Cass. Civ. 1^{ere}ch.: 13,11,1961 A.J.P.I.1962 P.492

-C.A. Grenoble: 11,1,1961 A.J.P.I. 1962 P.106 et S.

-C.A. Riom 14,10,1964 A.J.P.I. 1965 P.203

-T.G.I. DIJON: 1,6,1960 A.J.P.I. 1960 P.144

10- Carbonnier (J.):

-Cass. Civ. 22,10,1946 R.T.D.C. 1947 P.67

-Cass. Civ. 1^{ere}ch.: 4,1,1958 R.T.D.C. 1958 P.272

-Cass. Civ. 2^{o}ch.: 19,5,1958 R.T.D.C. 1958 P.630

-C.A. Paris : 24,5,1944 R.T.D.C. 1945 P.121

-C.A.Chambrrie 5,12,1955 R.T.D.C. 1956 P.124

11- CASTON (A.):

-Cass. Civ. 3^{o}ch.: 13,11,1967 A.J.P.I. 1968 P.321

-Cass. Civ. 1^{ere}ch.: 27,11,1967 A.J.P.I. 1969 P.826

-Cass. Civ. 1^{ere}ch.: 28,11,1967 R.T.D.I. 1968 P.590

-Cass. Civ. ch. Comm. 18,12,1968 A.J.P.I. 1969 P.1190

-C.A. Rouen 1^{ere}ch.Civ. 2,7,1968 A.J.P.I. 1969 P.135

-C.A. Paris 26,2,1981 G.P. 1981,2, P.786

-T.G.I. de Paris: 15,1,1970 A.J.P.I. 1970 P.465

-C.E. 7,4,1967 A.J.P.I. 1967 P.683

12- Chevallier (J.):

-Cass. Civ. 1^{ere}ch.: 17,12,1964 R.T.D.C 1965 P.639

13- Combaldieu:

C.A. Paris: 2,12,1959 G.P.1959,2, P.348

14- Gournu (G.):

-Cass. Civ. 1^{ere} ch.: 15,5,1962 D.1962 P.553

-Cass. Civ. 1^{ere} ch.: 15,5,1962 R.T.D.C.1962 P.671

-Cass. Civ. 1^{ere} ch.: 4,2, 1963 R.T.D.C.1963 P.564

-Cass. Civ. 1^{ere} ch.: 5,4,1965 R.T.D.C.1965 P.667

-Cass. Civ. 1^{ere} ch.: 24,10,1967 R.T.D.C.1968 P.363,389

-Cass. Civ. 1^{ere} ch.: 28,11,1967 R.T.D.C.1968 P.193

-C.E. 25,4,1969 R.T.D.C. 1970 P.194.

15- COSTA (J.L.):

Cass. Civ. 3^{o}ch.: 10,7,1978 Administrer janv. 1979 P.42 et S.

16- DALCQQ:

-C.A. GAND: 13,6,1959 Rev. gene. assu. et respo.1961 N°6615

17- Delvolve (P.):

C.E. 30,11,1979 D.1980 I.R. P.117

18- Doucet:

Cass. Civ. 19,2,1968 G.P.1968,2, P.144

19- Durry (G.):

Cass. Civ. 1ere ch. 28,11,1967 R.T.D.C.1968 P.363

20- Esmein (P.):

-Cass. Civ. 1ere ch.: 7,2,1962 D.1962 P.433

-Cass. Civ. 1ere ch.: 9,10,1962 J.C.P.1962,11,12910

21- Frank (Er.):

Cass. Civ. 3°ch.: 27,10,1975 D.1976 P.97

22- Gaudemet :

Cass. Civ. 18,10,1911 S.1912,1, 449

23- GHESTIN (J.):

Cass. Civ. ch. comm.: 8,10,1973 J.C.P.1975,11,17927

24- GIVERDON (G.):

Cass. Civ. 3° ch.: 12,11,1969 A.J.P.I. 1970 P.544

25- Grosliere (J.C.):

-Cass. Civ. 3° ch.: 5,5,1975 R.Dr. et Ville 1977 N°3 P.362

-Cass. Civ. 3° ch.:18,6,1975 R.Dr. et Ville 1977 N°3 P.362

-Cass. Civ. 3° ch.:1,10,1975 R.Dr. et Ville 1977 N°3 P.363

-Cass. Civ. 3° ch.:27,10,1975 R.Dr. et Ville 1976 N°2 P.293

-Cass. Civ. 3^{o} ch.: 3,2,1976 R.Dr. et Ville 1977 $N^{o}3$ P.363

-Cass. Civ. 3^{o} ch.: 4,5,1976 R.Dr. et Ville 1977 $N^{o}3$ P.363

-Cass. Civ. ch. Comm.: 4,11,1976 R.Dr. et Ville 1977 $N^{o}4$ P.367

-Cass. Civ. 3^{o} ch.: 19,1,1977 R.Dr. et Ville 1978 $N^{o}6$ P.326

-Cass. Civ. 3^{o} ch.: 3,7,1977 R.Dr. et Ville 1978 $N^{o}6$ P.326

26- Guellot (E.J.):

-Cass. Civ. 3^{o} ch.: 21,11,1969 J.C.P. 1970,11,16189

-Cass. Civ. 3^{o} ch.: 29, 5,1970 J.C.P. 1970,11,16479

-Cass. Civ. 3^{o} ch.: 14, 3,1974 J.C.P. 1974,11,17795

27- HENRIOT:

C.A.Rennes: 20,5,1964 A.J.P.I. 1964 P.953

28- HIMART:

Cass. Civ. : 1^{er} aout 1951 R.T.D. Comm. 1951 P.105

29- (I.):

Cass. Civ. 10,7,1922 D.P. 1925,1, P.216.

30- (J.B.):

C.E. : 18,5,1962 A.J.D.A. 1963 $N^{o}12$ P.32

31- Jacoup (N.):

Cass. Civ. 3^{o} ch.: 11,12,1973 J.C.P.1974,11,17799

32- Jestaz (Ph.):

Cass. Civ. 1^{ere} ch.: 23,3,1968 D.1970 P.663

33- LABBE :

Cass. Civ. ch. reunies: 2,8,1882 S.1883,1, P.5

34- LA Gasse (A.):

Cass. Civ. belg.: 6,10,1961 Rev. Crit. juris. belg. 1963 P.5

35- LA marque :

T. Conflit : 12,6,1961 D.1962 P.127

36- Larroumet (Chr.):

Cass. Civ. 3^{e} ch.: 7,6,1978 D.1978 I.R. P.502

37- LE Galcher-Baron (M.):

C.A. Besancon : 8,3,1974 C.J.E.G. 1974 P.180

38- Le neveu (J.):

-C.A. Riom : 2,4,1979 G.P.1979,2, P.683

-C.E. 25,5,1979 G.P.1979,2, P.683

39- Liet-Veaux (G.):

-Cass. Civ. : 17,5,1960 jur.Class.Const.fasc.203 N°[illegible]

-Cass. Civ. : 9,10,1962 D.1963 P.1 (art.)

-Cass. Civ. 1^{ere} ch. : 5,4,1965 J.C.P.1965,1,1918 (art.)

-Cass. Civ. 1^{ere} ch. : 21,6,1967 J.C.P.1968,11,15341

-Cass. Civ. 3^{o} ch. : 8,11,1968 J.C.P.1969,11,15818

-Cass. Civ. 3^{o} ch. : 3,1,1969 J.C.P.1969,11,15863

-Cass. Civ. 3^{o} ch. : 7,5,1971 J.C.P.1972,11,15002

-C.A. Paris : 2,12,1959 G.P.1960,1, P.51

-C.E. : 12,1,1966 J.C.P. 1966,11,14594

-C.E. : 7,4,1967 J.C.P. 1967,11,15103

-C.E. : 5,3,1969 J.C.P. 1969,11,15863

-C.E. : 29,5,1970 J.C.P. 1971,11,16651

-C.E. : 17 fév. 1971 J.C.P. 1971,II,16700

-C.E. : 24,5,1974 J.C.P, 1975,II,17905

-C. Conflit: 2?,2,1955 Rev. Adm. 1955 P.285

40- LINDON (R.):

Cass. Civ. 1ere ch.: 24,10,1967 J.C.P.1968,II,15360

41- Malinvaud (Ph.):

-Cass. Civ. Ch. Comm.: 19,3,1974 D.1975 P.628

-C.A. Nancy : 30,8,1979 R.T.D.I.1980 P.171

42- Margéat (H.):

C.A. Paris: 2,12,1977 R. Assu. fr. fév. 1978 P.128 et S.

43- Mazeaud (H. et L.):

-Cass. Civ. 1ere ch.: 19,5,1958 R.T.D.C. 1958 P.606

-C.A. Paris : 19,11,1959 R.T.D.C. 1960 P.305 et S.

44- Mazeaud (J.):

-Cass. Civ. 1ere ch.: 4,1,1958 R.T.D.C. 1958 P.252

-Cass. Civ. 3e ch.: 5,12,1972 D.1973 P.401

-Cass. Civ. 3e ch.: 23,4,1974 D.1975 P.287

-Cass. Civ. 3e ch.: 22,4,1976 D.1977.p.95

-Cass. Civ. 3e ch.: 4,5, 1976 D.1977 p.34

-C. A. Besancon:8,3,1974 D. 1974 P. 383

45- Meysson:

Cass. Civ. 3e ch.: 8,3,1977 J.C.P.1978,II,18945

46- Minvielle (G.):

-Cass. Civ. : 3.11,1926 D.1927,1,77

-Cass. Req. : 19,6,1929 D.1930,1,169

-C.A. Nantoi: 13,11,1922 D.1923,2,41.

-C.A. Seine : 16,12.1924 D.1926,2,157

-C.A. Aix : 1[illegible], 3,1927 D.1930,2,161

-C.A. Baurdaux: 6,5,1928 D.1930,2,161

-C.A. Paris : 15,12,1928 D.1930,2,161

-C.A. Rennes: 9, 1,1963 D.1964, P.744

47- Moderne (F.):

-C.E. : 25,4,1969 D.1969 P.498

-C.E. : 7,3,1973 Mon. T.P.26,6,1978 P.38 Col.3

-C.E. : 9,1,1974 G.P. 19-20 fév. 1975

-C.E. : 24,5,1974 D. 1971 P.267 (art.)

-C.E. : 26,11,1975 G.P. 1976,2, P.676

-C.E. : 30,11,1979 A.J.P.I. 1980 P.224

-C.A. Besanson: 8,3,1974 Mon . T. P.24,7,1978 (art.)P.23 Col.1 et 2.

48- Montmerle (J.):

-Cass. Civ. 1ere ch. : 16,6,1964 A.J.P.I. 1966 P.232

-Cass. Civ. 1ere ch. : 9,11,1964 A.J.P.I. 1965 P.300

-Cass. Civ. 1ere ch. : 30,11,1964 A.J.P.I. 1966 P.232

-Cass. Civ. 1ere ch. : 8,3,1965 A.J.P.I. 1966 P.514

-Cass. Civ. 1ere ch. : 5,5,1965 A.J.P.I. 1966 P.232

-Cass. Civ. 1ere ch. : 7,7,1965 A.J.P.I. 1966 P.232

-C.A. Aix : 30,4,1963 A.J.P.I. 1964 P.126

-C.E. : 23,1,1959 A.J.D.A. 1959 P.36

-C.E. : 20,11,1968 A.J.D.A.1969 P.582

-C.E. : 14, 3,1969 A.J.D.A.1969 P.582

-Lille Admi.: 4,10,1963 A.J.D.A. 1963 P.705

49- NICOLAY:

C.E. 18,5,1969 A.J.D.A. 1969 P.28

50- (P.L.):

Cass. Civ. 1ere ch. : 8,3,1965 J.C.P. 1965,11,14190

Cass. Civ. 3° ch. : 21,1,1971 J.C.P. 1971,11,16729

51- Plancqueel (A.):

-Cass. Civ. 3° ch. : 5,5,1975 G.P.1975,2, P.538

-Cass. Civ. ch. Comm.: 4,11,1976 G.P.1977,1, P.244

-C.A. Lyon : 15,1,1974 G.P.1974,2, P.704

52- Planiol (M.):

Cass. Civ. 18,10,1911 D.P.1912,1,113

53- PEISSE (M.):

-Cass. Civ. 3° ch.: 3,2,1976 G.P.21,7,1976

-Cass. Civ. 3° ch.: 21,7,1976 G.P.11,7,1976

-Cass. Civ. 3°ch. : 19,1,1977 G.P.1977,2, P.359

-Cass. Civ. 3°ch. : 8,3,1977 G.P.1977,2, P.241

-Cass. Civ. 3°ch. : 3,7,1977 G.P. 3,7, 1977

-C.A. Besanson : 8,3,1974 G.P.1974,2, P.697

54- PEISSE (M.) et (R.) Prieur:

C.A. Pau. 4,2,1974 G.P.1974,2, P.699

55- R.B. :
Cass. Civ. 3^{o}Ch. ;18,5, 1971 A.J.P.I 1972,P.153

56- Rodière (R.) :
-Cass. Civ. 22, 10, 1946 J.C.P. 1947. 11, 3482.
-Cass. Civ. 1^{ere} ch. 24,11, 1954 J.C.P.1955,II 8625.
-Cass. Civ. 1^{ere} ch. :4,1, 1958 D. 1958 p. 457

-Cass. Civ. 1^{ere} ch. ;15, 6, 1959 D. 1960 p. 97.
-C.A. Aix ;5, 10, 1954 J.C.P. 1955, 11, 8548.

57- ROULET (V.) :
T.G.I. El Havre 30, 1, 1975 G.P. 1976, 2, 623.

58- SAINT-ALARY (R.) :
-Cass. Civ. $1^{ère}$ch.:13, 11, 1961 R.T.D. Comm. 1963 p. 126.
-Cass. Civ. 1^{ere}ch.:13,11, 1967 D. 1968 P. 276.

59- SAVATIER (R.) :
Cass. Civ. $1^{ère}$ ch.;4,2, 1963 J.C.P. 1963, 11, 13, 159.

60- SILLARD (P.) :
Cass. Civ. $1^{ère}$ ch.;4,1, 1958 A.J.D.A. 1958, 1, p. 17.

61- STARCK (B.) :
-Cass Civ. 1^{ere} ch.:4,1,1958 J.C.P. 1958, 11, 10808.
-Cass. Civ. 2^{o}ch.;19,5, 1958 J.C.P. 1958 10808.

62- (V.) :
-Cass. Civ. 1^{ere} ch.;5,4, 1965 J.C.P. 1965 ,II, 14261.

63- WALINE (M.) :
C.E.:12,7,1977 Rev. dr. pub. 1977 P. 1329 et s.

E) <u>RECUEILS DE LÉGISLATION</u> ;

-Voir abréviations :A-C-D-E-F-G-J-P-R-S.

F) <u>RECUEILS DE LA JURISPRUDENCE</u> :

-Voir abréviations :A-B-C-D-G -J-L-P-Q-R-S.

G) <u>REVUES</u> ;

-Voir abréviations :A-B-D-G-J-L-M-P-Q-R-S.

فهرس

الفهـــرس

"La garantie de bon fonctionnement

تصويـــب الأخطـــاء

الخطـأ	تصويبـه	الخطـأ	تصويبـه